

**Die Verkehrsdurchsetzung von Marken nach § 8 Abs. 3 MarkenG
unter dem Blickwinkel der Demoskopie**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Universität Augsburg

vorgelegt von

Daniel Stiel

Augsburg, 2015

Erstgutachter: Prof. Dr. Franz Hacker
Zweitgutachter: Prof. Dr. Michael Kort

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Juni 2015

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2015 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Das Manuskript lag August 2013 abgeschlossen vor. Die zwischenzeitlich ergangenen und die Thematik prägenden Gerichtsentscheidungen, insbesondere die Entscheidung des EuGH GRUR 2014, 776 – Sparkassen-Rot oder BGH 2014, 565, 568 f., Nr. 26 – Smartbook, konnten noch bis Juli 2015 berücksichtigt werden. Die zwischen August 2013 und Juli 2015 erschienene Literatur wurde nur punktuell nachgetragen.

Mein Dank gilt in erster Linie meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Franz Hacker, der mich über die lange Dauer des Promotionsvorhabens begleitete und mir hilfreich zur Seite stand. Auch bedanke ich mich bei dem Zweitkorrektor Herrn Prof. Dr. Michael Kort für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich ganz besonders auch meiner Frau Gabriela und meinen Eltern für die ideelle und anderweitige Unterstützung. Für die große Hilfe des Korrekturlesens dieser Arbeit gebührt mein Dank Herrn Christian Luible.

Die Arbeit ist meinem Opa gewidmet.

Augsburg, September 2015

Daniel Stiel

Inhalt

Inhaltsverzeichnis	II
Abkürzungsverzeichnis	VIII
A. Einleitung	1
B. Demoskopie und Recht	5
I. Ein Überblick über die Geschichte der Demoskopie in Deutschland und in der deutschen Rechtsprechung	5
II. Demoskopie im Wettbewerbsrecht	8
III. Demoskopie im allgemeinen Zivilrecht	11
IV. Demoskopie im Markenrecht	13
C. Einführung in das Recht der Verkehrsdurchsetzung	22
I. Überblick über die Entstehungsgeschichte	23
II. Anwendungsbereich	26
III. Primäre Voraussetzungen	28
D. Die Erheblichkeit von Verkehrsgutachten nach den Vorgaben des EuGH	54
I. Die Vorgaben des EuGH nach der Chiemsee-Entscheidung	54
II. Erfordernis eines Verkehrsdurchsetzungsgutachtens in der nationalen Praxis	56
III. Europarechtskonformität	57
E. Die Demoskopie im Rahmen der Verkehrsdurchsetzung	60
I. Das Verkehrsdurchsetzungsverfahren bei der Markenmeldung ...	60
II. Besonderheiten im Widerspruchsverfahren	256
III. Besonderheiten im Löschungsverfahren	256
IV. Das Verkehrsdurchsetzungsgutachten im zivilgerichtlichen Verfahren	271
F. Resümee und Ausblick	290
Anhang I: Richtlinie 2008/95/EG (Auszug – Artikel 3)	293
Anhang II: Richtlinie für die Prüfung von Markenmeldungen	294
Anhang III: Interview zu Verkehrsdurchsetzungsgutachten	297
Literaturverzeichnis	303

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	II
Abkürzungsverzeichnis	VIII
A. Einleitung	1
B. Demoskopie und Recht	5
I. Ein Überblick über die Geschichte der Demoskopie in Deutschland und in der deutschen Rechtsprechung	5
II. Demoskopie im Wettbewerbsrecht	8
1. Irreführungstatbestand	8
2. Rufausbeutung einer bekannten Marke	10
3. Sonstige Fallkonstellationen	10
III. Demoskopie im allgemeinen Zivilrecht	11
1. Sonderschutz der berühmten Marke (§§ 1004, 823 Abs. 1 BGB) ...	11
2. Namensschutz (§ 12 BGB)	12
IV. Demoskopie im Markenrecht	13
1. Verkehrsgeltung (§§ 4 Nr. 2, 5 Abs. 2 MarkenG)	14
a) Verkehrsgeltung (§ 4 Nr. 2 MarkenG)	14
b) Verkehrsgeltung (§ 5 Abs. 2 MarkenG)	16
2. Notorische Bekanntheit (§ 4 Nr. 3 MarkenG)	17
3. Sonderschutz der bekannten Marke (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG und § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG)	17
4. Verwechslungsgefahr (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 und § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG)	19
5. Schutz des Namensrechts (§ 13 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG)	19
6. Monetäre Markenbewertung	20
7. Eintragung aufgrund Verkehrsdurchsetzung (§ 8 Abs. 3 MarkenG)	20
C. Einführung in das Recht der Verkehrsdurchsetzung	22
I. Überblick über die Entstehungsgeschichte	23
II. Anwendungsbereich	26
III. Primäre Voraussetzungen	28
1. Markenfähigkeit und grafische Darstellbarkeit	28
2. Markenmäßige Benutzung	28
a) Grundsätzliches zur markenmäßigen Benutzung	28
b) Sonderfall Monopolunternehmen	30
aa) Frühere Rechtsprechung	31
bb) Vorgaben des EuGH	32

cc)	Umsetzung der EuGH-Vorgaben in der nationalen Rechtspraxis	33
dd)	Die Auseinandersetzung in der Literatur	37
ee)	Kritik	41
3.	Konkreter Bezug zur angemeldeten Marke	45
a)	Grundsatz	45
b)	Markenkombinationen	46
c)	Durchgesetzte Markenkombination	46
d)	Durchgesetzter Markenbestandteil	49
e)	Sonderfall Farbmarke	51
4.	Zeichenbenutzung durch den Anmelder	51
5.	Verkehrsdurchsetzung in den beteiligten Verkehrskreisen	53
D.	Die Erheblichkeit von Verkehrsgutachten nach den Vorgaben des EuGH	54
I.	Die Vorgaben des EuGH nach der Chiemsee-Entscheidung	54
II.	Erfordernis eines Verkehrsdurchsetzungsgutachtens in der nationalen Praxis	56
1.	Abnehmer aus Fach- oder Wirtschaftskreisen und Unternehmer	56
2.	Private Verbraucher als Abnehmer	57
III.	Europarechtskonformität	57
E.	Die Demoskopie im Rahmen der Verkehrsdurchsetzung	60
I.	Das Verkehrsdurchsetzungsverfahren bei der Marken Anmeldung ...	60
1.	Einleitung des Verfahrens	60
a)	Normative Grundlagen im Rahmen der demoskopischen Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung	60
b)	Glaubhaftmachung	61
c)	Verkehrsgewöhnung	65
d)	Gemeinschaftsrechtskonformität	65
2.	Das Erfordernis eines Verkehrsdurchsetzungsnachweises durch ein demoskopisches Gutachten in der Eintragungspraxis	66
3.	Gleichwertigkeit der Eintragungsverfahren	70
4.	Einschränkung des Waren- oder Dienstleistungsverzeichnisses	72
a)	Allgemeines	72
b)	Wegfall der Eintragungshindernisse	73
c)	Anforderungen an die Verkehrsdurchsetzung	75
d)	Sonderfall Farbmarken	76
5.	Zeitpunkt der Verkehrsdurchsetzung im Anmeldeverfahren	77
a)	Nachweis zum Anmeldezeitpunkt	77
aa)	Vorsorgliches Verkehrsgutachten	78
bb)	Retrospektive Ermittlung	78

(1) Rückwirkende Ermittlung durch vergangenheitsbezogenes Verkehrsgutachten.....	79
(2) Schätzung eines zurückliegenden Verkehrsdurchsetzungsgrades aufgrund eines gegenwartsbezogenen Verkehrsgutachtens.....	82
(3) Grenzen der retrospektiven Ermittlung.....	84
(4) Schätzung eines gegenwärtigen Verkehrsdurchsetzungsgrades aufgrund eines zurückliegenden Verkehrsgutachtens.....	85
b) Nachträgliche Verkehrsdurchsetzung.....	86
c) Dauer der Verkehrsdurchsetzung.....	87
d) Maßgeblicher Zeitpunkt der Verkehrsmeinung	87
6. Meinungsforschungsinstitut und Interviewer.....	88
a) Allgemeine Kriterien.....	88
b) Anforderungen an Gutachter und Gutachten.....	90
c) Die Interviewer.....	91
7. Der Fragenkatalog und die Zeichenvorlage	92
a) Die Lehre von der Frage (Grundregeln).....	93
aa) Einfachheit.....	93
bb) Eindeutigkeit	94
cc) Verbot der Überforderung.....	94
dd) Gebot der Neutralität.....	95
b) Die verschiedenen Fragetypen	96
aa) Angewandte Fragetypen im Allgemeinen.....	96
bb) Die offene und die geschlossene Frage.....	97
c) Die Kern-/Ergebnisfrage und der Begriff der Verkehrsdurchsetzung	99
d) Vorgaben für Fragebogen und Bewertung aus der Markenmeldungsrichtlinie.....	103
aa) Der Fragebogen.....	103
bb) Die Einleitungsfragen.....	107
cc) Frage 1. – der Bekanntheitsgrad.....	111
dd) Frage 2. – der Kennzeichnungsgrad	112
ee) Frage 3. – der Zuordnungsgrad	117
(1) Gegenwärtige Auswertungspraxis.....	117
(2) Kritik.....	119
ff) Aufklärungsfragen.....	126
gg) Zusammenfassung.....	130
e) Spezifizierung auf neue Markenarten.....	131
f) Markenwiedergabe und Neutralisierung der Zeichenvorlage bei der Befragung	134

g)	Pretest	138
h)	Gegabelte Befragung	139
8.	Der Begriff der beteiligten Verkehrskreise	140
a)	Allgemeines	140
b)	Händler und Verbraucher	142
c)	Käufer und Verwender	143
d)	Aktuelle, potenzielle und interessierte Käufer	144
aa)	Die Rechtsprechung	144
(1)	Ausgangspunkt	144
(2)	Ausweitung des Begriffs des beteiligten Verkehrskreises.....	145
(3)	Uneinheitliche Linie	148
(4)	Weitere Entwicklungen in der Rechtsprechung bis heute	149
bb)	Die Diskussion im Schrifttum	151
cc)	Kritik	155
e)	Einschränkung des Verkehrskreises durch die Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses	158
9.	Gebietsauswahl.....	159
a)	Gesamtes Bundesgebiet.....	159
b)	Verkehrsdurchsetzung im Ausland	161
10.	Die Stichprobe	162
a)	Grundlagen	162
b)	Umfang der Stichprobe	164
c)	Stichprobenauswahl.....	167
aa)	Random-Methode	167
bb)	Quotenstichproben.....	172
cc)	Pro und Contra.....	173
dd)	Auswahlverfahren bei Gutachten über die Verkehrsdurchsetzung	175
d)	Die Genauigkeit von Stichproben	176
e)	Fehlertoleranz	180
f)	Ausfälle	187
aa)	Ausfallkategorien	188
bb)	Maßnahmen zur Ausfallreduzierung	191
g)	Korrekturverfahren und Gewichtungen.....	193
h)	Datenaufbereitung und Datenanalyse.....	196
i)	Hochrechnung	196
11.	Fehlerquellen beim Interview	197
a)	Interviewer als Fehlerquelle	198
aa)	Die Lehre vom Interviewer	199

	bb) Fälschungen.....	200
	cc) Unbewusste Fehler	201
	dd) Fehlereinschränkung	202
b)	Der Befragte als „Fehlerquelle“	205
12.	Die Methoden der Datenerhebung	207
a)	Persönliche Befragung	208
b)	Schriftliche Befragung	209
c)	Telefonbefragung	211
d)	Neue Methoden	213
13.	Die Datenschutzproblematik	214
a)	Datenschutz bei der Stichprobenauswahl.....	215
b)	Datenschutz bei der Umfrage und den Umfrageergebnissen	219
14.	Einreichung des Gutachtens im Verfahren beim DPMA	221
15.	Der erforderliche Umfang der Verkehrsdurchsetzung	223
a)	Die frühere deutsche Praxis.....	223
b)	Die Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung nach der MarkenRL....	225
c)	Die Rechtspraxis in Deutschland nach den EuGH-Vorgaben.....	229
aa)	Das rechtsdemoskopische Gutachten als Beurteilungsmaßstab	229
bb)	„Erheblicher Teil“ der Verkehrskreise	230
cc)	Entscheidende Maßstäbe	233
dd)	Einhellige Verkehrsdurchsetzung.....	234
(1)	Die deutsche Rechtspraxis bei der einhelligen Verkehrsdurchsetzung ...	234
(2)	Kritik.....	237
(3)	Die Frage nach einem erforderlichen Korrektiv bei glatt beschreibenden Angaben.....	240
(4)	Zusammenfassung	243
ee)	Sonderfall Monopolunternehmen.....	243
d)	Erkenntnisse aus Vergleich	245
e)	Keine Verrechnung von Verkehrsdurchsetzungsgraden	247
f)	Überblick über die Praxis des DPMA und der Rechtsprechung nach der Chiemsee-Entscheidung hinsichtlich der erforderlichen Durchsetzungsgrade	247
g)	Fazit	250
16.	Verfahren, Aufwand, Dauer und Kosten.....	252
17.	Eintragung und Veröffentlichung.....	255
18.	Schutzzinhalt und Schutzdauer	255
II.	Besonderheiten im Widerspruchsverfahren	256
III.	Besonderheiten im Löschungsverfahren	256

1.	Nachträglicher Verlust der ehemals vorhandenen Verkehrsdurchsetzung	258
2.	Irrtümliche Unerheblichkeit einer Verkehrsdurchsetzung	260
3.	Irrtümliche Feststellung einer tatsächlich nicht gegebenen Verkehrsdurchsetzung	261
a)	Fehlerhafte rechtliche Bewertung vollständig vorliegender Beweisergebnisse	262
b)	Annahme einer Verkehrsdurchsetzung trotz fehlender oder unzureichender Feststellungen	262
c)	Kritik	267
IV.	Das Verkehrsdurchsetzungsgutachten im zivilgerichtlichen Verfahren	271
1.	Bedeutung der Verkehrsdurchsetzung im zivilrechtlichen Verfahren	271
2.	Verfahrensrechtliche Einordnung.....	272
3.	Beweisverfahren	273
4.	Verwertbarkeit von Parteigutachten	278
5.	Beweiswürdigung	279
6.	Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisführung	279
7.	Verwertbarkeit	279
8.	Kostenproblematik	280
9.	Die Bedeutung der Verkehrsdurchsetzung im Kollisionsverfahren	282
F.	Resümee und Ausblick	290
	Anhang I: Richtlinie 2008/95/EG (Auszug – Artikel 3)	293
	Anhang II: Richtlinie für die Prüfung von Markenmeldungen	294
	Anhang III: Interview zu Verkehrsdurchsetzungsgutachten	297
	Literaturverzeichnis	303

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
ADM	Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V.
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht oder auch Aktiengesellschaft
Alt.	Alternative
a.M.	am Main
Anm.	Anmerkung(en)
Art.	Artikel
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BIPMZ	Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen
BPatG	Bundespatentgericht
BPatGE	Entscheidungen des Bundespatentgerichts
BRD	Bundesrepublik Deutschland
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften gem. der Nummerierung nach der Fassung durch den Amsterdamer Vertrag oder auch Europäische Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
e.V.	eingetragener Verein
f.	folgend
ff.	fortfolgend
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift

gem.	gemäß
GfK	Gesellschaft für Konsum-, Markt- und Absatzforschung
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GMV	Verordnung über die Gemeinschaftsmarke
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr, Seite)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (Jahr, Seite)
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (Jahr, Seite)
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report (Jahr, Seite)
HABM	Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt
HABM-BK	Beschwerdekammer des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt
h.M.	herrschende Meinung
i.d.S.	in diesem Sinne
i.S.d.	im Sinne der (des)
i.S.e.	im Sinne einer (eines)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JVEG	Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten (Justizvergütungs- und –entschädigungsgesetz)
Kap.	Kapitel
lit.	litera (Buchstabe)
MA	Markenartikel (Jahr, Seite)
MarkenR	Markenrecht – Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Markenrecht (Jahr, Seite)
MarkenG	Markengesetz
Mitt.	Mitteilungen deutscher Patentanwälte
Mrd.	Milliarde(n)
MuW	Markenschutz und Wettbewerb (Jahr, Seite)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Jahr, Seite)

NJWE-WettbR	NJW Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
PatG	Patentgesetz
PatKostG	Patentkostengesetz
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft
RDV	Recht der Datenverarbeitung – Zeitschrift für Datenschutz-, Informations- und Kommunikationsrecht (Jahr, Seite)
RegE	Regierungsentwurf
RGBI	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite(n); Satz
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Jahr, Seite)
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt(e)
st.	ständig(e)
StPO	Strafprozessordnung
s.u.	siehe unten
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
u.a.	unter anderem; und andere
Urt.	Urteil
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von/vom
v.a.	vor allem
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr, Seite)
WZG	Warenzeichengesetz
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung

A. Einleitung

Eine Marke repräsentiert in der heutigen Zeit die wirtschaftliche Stärke eines Unternehmens. Sie prägt das heutige Konsumleben, während zudem die ökonomische Bedeutung gut am Markt positionierter Marken stetig wächst. Allein der Wert der noch 2010 weltweit wertvollsten Marke „Google“ stieg innerhalb eines Jahres von 100,04 Milliarden US\$ (2010) auf 114,26 Milliarden US\$ (2011) um ca. 14 %. Im Jahre 2013 wies sie einen Wert von 113,669 Milliarden US\$ auf. Überholt wurde „Google“ auf Grund eines rasanten Anstiegs einer anderen Technologiemarke, die von 2010 bis 2011 gar einen Anstieg um 84 % verbuchte – die Rede ist von „Apple“ (153,285 Milliarden US\$). Der Trend hielt für „Apple“ an. Im Jahre 2013 wurde der Wert der Marke sogar auf 185,071 Milliarden US\$ taxiert.¹ Der Wert gut eingeführter und bekannter Marken ist demnach nicht zu unterschätzen. Sinn und Unsinn dieser Bewertungen stehen zweifelsohne zur Diskussion, liegt der Marktwert doch oftmals weitaus höher als das zur Verfügung stehende Eigenkapital der Markeninhaber.

Die Eintragung der Marken bildet in den häufigsten Fällen² die Voraussetzung für Erwerb und Erhalt der markenmäßigen Bedeutung. Das deutsche Markenrecht schafft nicht nur die hierfür geeigneten Grundlagen, sondern sorgt ebenso für eine Balance zwischen dem Schutz des Zeicheninhabers, der sein Zeichen als Marke eintragen will, und dem Schutz der Interessen des Mitbewerbers an einer freien Verwendung unerlässlicher Informationsangaben für den Absatz seiner Produkte. So sieht § 8 Abs. 2 MarkenG verschiedene Eintragungshindernisse vor, die einer Markeneintragung entgegenstehen. Nach § 8 Abs. 3 MarkenG kann ein Teil dieser Eintragungshindernisse – genauer gesagt das bei fehlender Unterscheidungskraft (Nr. 1), bei beschreibenden Zeichen oder Angaben (Nr.2) und bei üblichen Bezeichnungen (Nr. 3) bestehende Eintragungshindernis – überwunden werden, wenn sich die Marke vor dem Zeitpunkt der Entscheidung bezüglich einer Eintragung infolge ihrer Nutzung für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet worden ist, in den beteiligten Verkehrskreisen durchsetzen konnte. Die

¹ Vgl. die Auflistung von Millward Brown, http://www.millwardbrown.com/BrandZ/Top_100_Global_Brands.aspx. Die Markenbewertung variiert je nach Bewertungsmethode, die die verschiedenen Bewertungsunternehmen zur Anwendung bringen. So ist z.B. nach Interbrand die wertvollste Marke 2012 „Coca-Cola“ mit 77,839 Milliarden US\$, vgl. <http://www.interbrand.com/de/best-global-brands/2012/Best-Global-Brands-2012-Brand-View.aspx>. Vgl. hierzu auch die langjährige Übersichtsdarstellung unter http://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_wertvollsten_Marken

² Neben § 4 Nr. 2 und Nr. 3 MarkenG.

Eintragung aufgrund einer Verkehrsdurchsetzung kommt zwar in Relation zu anderen Markeneintragungstatbeständen nicht häufig vor,³ weist aber dennoch eine hohe ökonomische Bedeutung auf. Schließlich geht den Zeichen, für die eine Verkehrsdurchsetzung infrage käme, meist ein hoher Einsatz wirtschaftlicher Ressourcen des Zeicheninhabers voraus. Für diesen ist es dementsprechend wichtig, den Markenschutz mittels Verkehrsdurchsetzung für sich in Anspruch nehmen zu können.

Die Voraussetzung für die Verkehrsdurchsetzung besteht darin, dass das Zeichen, welches als Marke eingetragen werden soll, im Verkehr einen ausreichend hohen Kennzeichnungsgrad besitzt und als individuelles Merkmal eines bestimmten Unternehmens erfasst wird. Die Verkehrsdurchsetzung weist den Charakter einer auf Erfahrung und Kenntnis basierenden Ideenverbindung auf, die sich beim Sehen und Hören des Ausstattungsbildes oder -wortes mit einer bestimmten Herkunftsstätte der Ware einstellt.⁴ Da der Verkehrsbefragung zur Verkehrsdurchsetzung folglich eine hohe Relevanz zugesprochen wird, nimmt ebenso die demoskopische Ermittlung der Verkehrsauffassung eine tragende Rolle bei der Prüfung der Eintragungsvoraussetzung ein.

Die Demoskopie im Rahmen der Verkehrsdurchsetzung gilt inzwischen nicht mehr als terra incognita auf der Landkarte der Rechtsdogmatik⁵. So existieren inzwischen zahlreiche Abhandlungen⁶, Kapitel in Kommentaren⁷, Aufsätze⁸ und einschlägige Rechtsprechung⁹, die sich mit verwandten Problempunkten beschäftigen oder diese streifen. Mitte 2010 etwa erschien die Dissertation Levins („Der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung im Markenrecht“), der zwar die gleiche Problematik thematisiert, jedoch die soziologische Komponente außer Acht lässt. Dagegen berücksichtigt die im Jahre 2011 veröffentlichte Dissertation von Utz („Die demoskopische Befragung als

³ Vgl. Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 3, wonach im Bereich des Marken- und Wettbewerbsrechts 150-200 Parteigutachten und 15-20 Gerichtsgutachten im Jahr erstellt werden, Tendenz steigend.

⁴ Reimer/Heydt 37. Kap., Rn. 4.

⁵ So noch Müller S. 10.

⁶ Vgl. z.B. Müller „Die demoskopische Ermittlung der Verkehrsauffassung im Rahmen des § 3 UWG“; Böhm „Demoskopische Gutachten als Beweismittel in Wettbewerbsprozessen“; Von der Osten „Die Verkehrsgeltung im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht und ihre Feststellung im Prozess“; Knaak „Demoskopische Umfragen in der Praxis des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts“.

⁷ Vgl. z.B. Ströbele/Hacker § 8, Rn. 448 ff.; Fezer § 8, Rn. 681 ff.; Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 1 ff.; Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 1 ff.

⁸ Vgl. z.B. Niedermann, „Empirische Erkenntnisse zur Verkehrsdurchsetzung“, GRUR 2006, 367-374; Pflüger, „Rechtsforschung in der Praxis: Besonderheiten bei der Messung von Verkehrsdurchsetzung – Teil 1“, GRUR 2004, 652-657 und „Teil 2“ GRUR 2006, 818-824.

⁹ Vgl. z.B. BGH GRUR 2003, 1040 – Kinder; BGH GRUR 2007, 107 – Kinder II; BGH GRUR 2009, 954 – Kinder III; BGH WRP 2006, 1130 – LOTTO; BGH GRUR 2010, 138 – ROCHER-Kugel; BGH GRUR 2009, 669 – POST II.

Beweismittel im Markenrecht“) auch die demoskopischen Gesichtspunkte umfassend. Allerdings repräsentiert die Verkehrsdurchsetzung in seiner Ausarbeitung lediglich einen Teil der dargestellten Tatbestände. Zuletzt wurde das Thema im Rahmen einer 2014 veröffentlichten Dissertation von Dobel („Verkehrsauffassung und demoskopische Gutachten im Marken- und Wettbewerbsrecht“) behandelt. In dieser Arbeit wird zwar der demoskopische Bereich ausführlich dargestellt, die Problempunkte im Bereich der Verkehrsdurchsetzung wurden dagegen nur angeschnitten. Demnach ermangelte es bisher einer Abhandlung, die ausführlich und spezifisch auf das Thema der Verkehrsdurchsetzung von Marken anhand einer Verkehrsbefragung unter demoskopischem Blickwinkel eingeht. Zudem ergeben sich einige Konflikte zwischen der Rechtsprechung und verschiedenen Literaturmeinungen sowie bezüglich der Vorgaben des EuGH, die es zu lösen gilt.¹⁰ Defizite bestanden demzufolge noch in der Behandlung der Materie durch die Rechtswissenschaft.

Diese Lücken zu schließen und das Verkehrsdurchsetzungsverfahren im nationalen Recht unter dem Blickwinkel der Demoskopie ausschließlich und umfassend darzustellen, ist Ziel der vorliegenden Arbeit. Das europäische Verfahren bzw. die europäische Rechtsprechung findet nur insofern Berücksichtigung, als sie zur Entscheidungsfindung der nationalen Stellen beiträgt – sei es durch Leitlinien bzw. Gedanken, sei es durch unmittelbar anzuwendende Vorgaben. Maßgeblich dabei ist zweifellos die Norm des § 8 Abs. 3 MarkenG, welche die Verkehrsanschauung in den Mittelpunkt rückt, weshalb sie die Einbruchsstelle demoskopischer Ermittlungen im Rahmen der Verkehrsdurchsetzung darstellt. Die damit verbundenen Schwierigkeiten sind sowohl offenzulegen als auch zu lösen. Gleichwohl beschränken sich die Ausführungen nicht auf § 8 Abs. 3 MarkenG oder das Eintragungsverfahren, was angesichts der Relevanz der Verkehrsdurchsetzung in den unterschiedlichen Verfahren zudem gar nicht möglich wäre.

Aufgegriffen werden jene juristischen und soziologischen Problempunkte, die sich im Zusammenhang mit der Verkehrsdurchsetzung und deren demoskopischer Ermittlung ergeben. Insbesondere wird erläutert, unter welchen Prämissen eine demoskopische Untersuchung der beteiligten Verkehrskreise bei der Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung durchzuführen ist, wie eine solche Untersuchung von der Beauftragung des demoskopischen Instituts bis hin zur Gutachtenerstellung zu erfolgen hat und wel-

¹⁰ So z.B. bei dem Erfordernis der einhelligen Verkehrsdurchsetzung oder der Behandlung von Monopolzeichen.

che rechtlichen Schlussfolgerungen hieraus zu ziehen sind. Die soziologischen Ausführungen schaffen zunächst einen Überblick über die allgemeine demoskopische Praxis, um die angewendeten Verfahren im Bereich der Verkehrsdurchsetzung schließlich konkret zu erörtern. Gerade die häufig bestehende, möglicherweise durch Vorurteile verursachte Diskrepanz zwischen den Vorstellungen der Soziologen einerseits und der Juristen andererseits beabsichtigt diese Arbeit ein wenig zu schmälern, indem sie einen juristenspezifischen soziologischen Einblick gewährt.

Die Geschichte der Demoskopie, insbesondere im Zusammenspiel mit der Rechtswissenschaft, sowie die Anwendung demoskopischer Mittel in den verschiedenen Rechtsgebieten stehen am Anfang der Ausführungen. Daran schließt sich eine kurze Darstellung der materiellen Voraussetzungen einer Markeneintragung im Hinblick auf eine Verkehrsdurchsetzung an. Es folgt eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EuGH zur Erheblichkeit von Verkehrsdurchsetzungsgutachten und der Übernahme dieser Rechtsprechung in der nationalen markenrechtlichen Eintragungspraxis. Es wird sodann konkret auf das Verkehrsdurchsetzungsverfahren als besondere Form des markenrechtlichen Eintragungsverfahrens eingegangen. Dies stellt zugleich den Kern der Arbeit dar. Im Anschluss werden im Zusammenhang mit der Verkehrsdurchsetzung die weiteren patentamtlichen Verfahren dargestellt und die zivilprozessrelevanten Problempunkte veranschaulicht sowie die Bedeutung der Verkehrsdurchsetzung für das Kollisionsverfahren erörtert. Die Ausführungen zum Eintragungsverfahren sind auch auf die weiteren patentamtlichen und zivilgerichtlichen Verfahren übertragbar, sofern sich aus der Darstellung nichts anderes ergibt.

B. Demoskopie und Recht

I. Ein Überblick über die Geschichte der Demoskopie in Deutschland und in der deutschen Rechtsprechung

Erst im 19. Jahrhundert (1848) fanden Meinungsforschung und Demoskopie¹¹ in der BRD¹² praktische Anwendung.¹³ Rechtliche Relevanz kam der Meinungsforschung allerdings auch danach noch lange nicht zu. Die Rechtsprechung befand die Demoskopie als zu ungenau und erachtete sie darüber hinaus für nicht notwendig, da die Richter die erforderliche Sachkunde selbst besäßen.¹⁴ Außerdem obliege die Beweisführung nicht mehr dem Gericht, da sie vielmehr auf prozessfremde Personen abgewälzt werde.¹⁵ Die vorgeschlagenen Methoden seien zur Einholung eines solchen Gutachtens zur Beweisführung jedenfalls nicht ausreichend.¹⁶ Ein weiterer Einwand bestand darin, eine „psychologische Studie zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr“ weiche zu sehr von der Wirklichkeit ab und die Befragungssituation werde der Wirklichkeit nicht gerecht, bei der auf den flüchtigen, eiligen Durchschnittsbeschauer abzustellen sei, dessen Aufmerksamkeit von unendlich vielen anderen Dingen abgelenkt werde, während zudem sein Erinnerungsvermögen schwach sei.¹⁷

Teile der Literatur, die dieser Praxis entgegentraten, forderten jedoch, „Bewusstseinsstrukturen der Abnehmer durch Testverfahren der angewandten Psychologie aufzudecken“.¹⁸ Sie verwiesen darauf, die Richter wüssten nur selten, welche Auffassung die beteiligten Verkehrskreise in ihrer überwiegenden Mehrheit verträten. Zudem könne

¹¹ Der Begriff der „Demoskopie“ ist dem Altgriechischen entnommen und setzt sich aus den Begriffen „démós“ und „skopeín“ zusammen, vgl. Utz S. 5 Fn. 13.

¹² Bereits Karl der Große (747-814) ließ standardisierte Fragebögen durch Bischöfe ausfüllen, um kirchliche Streitigkeiten zu klären. 1785 wurde durch Marquis De Condorcet die Konnexion zwischen der statistischen Wahrscheinlichkeit und der Auswertung der Volksmeinung aufgezeigt („Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix“). Zur damaligen US-Präsidentschaftswahl führte die Zeitung „Harrisburg Pennsylvanian“ am 24. Juni 1824 die erste Meinungsumfrage durch – der Beginn der öffentlichen Meinungsumfrage.

¹³ Vgl. Noelle-Neumann/Petersen S.39; für umfangreichere Ausführungen zur Geschichte der Umfrage als Instrument der Sozialforschung sei auf Scheuch in König Bd. 3a, S. 66 ff.

¹⁴ Rechtsprechungsübersicht bzgl. der Sachkenntnis der Gerichte bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr und der demnach unnötigen Einholung von Sachverständigengutachten vgl. Reimer 1933, 41. Kap., Rn. 22.

¹⁵ Vgl. RG MuW 1922, 133, 135.

¹⁶ Vgl. Kaiser MuW 1932, 6.

¹⁷ Vgl. Reimer 1933, 41. Kap., Rn. 23.

¹⁸ Vgl. Baumbach 1929, 148; Herzfeld GRUR 1930, 1147 ff.; Kaiser MuW 1932, 6 ff.

nicht ohne Beweisaufnahme verneint werden, dass nicht unbeachtliche Teile dieser Kreise eine bestimmte Auffassung vertreten.¹⁹

In der RG-Entscheidung „Alpenmilch“ vom 23. Juni 1941²⁰ wurde erstmals²¹ höchstrichterlich Stellung bezüglich der Eignung eines demoskopischen Gutachtens als Beweis zur Feststellung der Verkehrsauffassung bezogen. Die damaligen Verfahrensparteien stellten kondensierte Milch her und vertrieben diese in Dosen im Handel. Die Klägerin, die ihre Dosen mit einem Etikett vertrieb, das eine Alpenlandschaft wiedergab, machte für die Abbildung einen Ausstattungsschutz geltend. Darüber hinaus verwendete die Klägerin für die Bezeichnung ihrer Erzeugnisse das Wort „Alpenmilch“, welches im Verkehr als Herkunftshinweis allgemein bekannt geworden sei. Auch die Beklagte bediente sich zur Bezeichnung ihrer Erzeugnisse des Wortes „Alpenmilch“, weshalb die Klägerin die Unterlassung dieses Verhaltens beantragt hatte. Als Kernfrage des Verfahrens ergab sich demnach, ob es sich bei der Bezeichnung „Alpenmilch“ um eine Beschaffenheitsangabe oder um einen Herkunftshinweis handelte. Das RG stützte sich bei seinen Ausführungen im Revisionsurteil zur Verkehrsbekanntheit auf ein Gutachten, das zuvor vom Kammergericht eingeholt worden war. Bewogen von der stetigen Weiterentwicklung der Umfrage- und Auswertungsmethoden sowie der anwachsenden Kritik sah sich dieses genötigt, einen Wechsel der Rechtsprechung vorzunehmen. Dabei legten die Industrie- und Handelskammern Gutachten vor, welche eine Verkehrsbekanntheit i.S.e. Herkunftshinweises von 51 % ergaben. Zusätzlich konstatierte das RG jedoch, dass in erster Linie Hausfrauen den Ausschlag gaben, die als repräsentative Verbraucher des für den täglichen Bedarf bestimmten Nahrungsmittels anzunehmen wären. Das Institut für Wirtschaftsbeobachtung der deutschen Fertigware kam zu dem Ergebnis, dass 60 % der Hausfrauen das Wort „Alpenmilch“ als Bezeichnung für Dosenmilch aus einer bestimmten Erzeugerstätte auffassten. Obwohl sich das RG mit der Frage nach den Voraussetzungen und prozessrechtlichen Möglichkeiten eines demoskopischen Gutachtens nicht ausdrücklich auseinandersetzte, bejahte es den Beweiswert dennoch ausdrücklich, ungeachtet einer vorliegenden Rüge aufgrund der Verletzung von § 286 ZPO.

¹⁹ Vgl. Baumbach 1929, S. 148.

²⁰ Vgl. RGZ 167, 171, 178 – Alpenmilch.

²¹ Im Urteil des RG GRUR 1934, 76 – Seidengummi wird zwar auch auf eine Verbraucherbefragung Bezug genommen. Bei diesem Gutachten handelte es sich allerdings um ein professorales Sprachgutachten, bei dem Personen mit verschiedenster Intelligenzhöhe und verschiedensten Konsumgewohnheiten befragt wurden. A.A. Gerstenmaier S. 111 f., insbesondere Fn. 54 ff.; Levin S. 41.

Die Zulässigkeit von Umfragegutachten wurde in weiteren Gerichtsverfahren mit positivem Ergebnis erörtert.²² Der BGH äußerte sich 1956 in seiner Getränkeindustrie-Entscheidung²³ erstmalig zur Beweiszulässigkeit. Dieses Urteil setzte sich mit zwei auf dem Getränkemarkt tätigen Handelsunternehmen auseinander, die die Firmenbezeichnung „Getränke Industrie Darmstadt“ bzw. „Hessische Getränke Industrie GmbH“ führten. Das Gericht hatte über einen Unterlassungsanspruch wegen Verwechslungsgefahr zu entscheiden, der für die verwendete Abkürzung der klägerischen Firma nach § 16 Abs. 1 UWG (a.F.) nur zu gewähren sei, wenn diese die Verkehrsgeltung in der Absicht erworben habe, dass ein nicht unbeträchtlicher Teil des Verkehrs in dem betreffenden Ausdruck die Kennzeichnung eines bestimmten Unternehmens erblicke. Der BGH monierte im Hinblick darauf, das Berufungsgericht käme seiner richterlichen Pflicht nicht nach und es hätte *„eine auf erneuter Befragung der Kunden der Klägerin beruhende weitere Auskunft der Industrie- und Handelskammer oder das Gutachten eines geeigneten und anerkannten Instituts zur Meinungserforschung einholen (hätte) müssen, bevor es abschließend zur Frage des Zeitpunkts des Beginns der streitigen Verkehrsgeltung Stellung nahm“*. Näher konkretisierte der BGH den Anwendungsbereich dieses Beweismittels in der Bärenfang-Entscheidung²⁴ vom 13. Juli 1962 zur Irreführungsgefahr im Wettbewerbsrecht.²⁵ Er entschied für den Fall, dass ein Gericht, welches dazu tendiert, eine derartige Gefahr zu verneinen, auf eine Meinungsumfrage als *„zulässiges und vielfach auch geeignetes Beweismittel“*²⁶ zurückgreifen müsse.²⁷ Zu bedenken sei jedoch, dass *„auf die Abfassung der an die Auskunftspersonen zu richtenden Fragen besondere Sorgfalt verwendet und bedacht werde(n) (...), dass nur eine geeignete Fra-*

²² Das erste Gutachten in der BRD zur Beweisführung wurde laut Niedermann/Noelle FS Tilmann, S. 857 1955/56 angefertigt und bezog sich auf die Fragestellung, inwieweit es sich bei der Bezeichnung „Cellophan“ um einen Gattungsbegriff oder eine betriebliche Herkunftsangabe handelt. Vgl. aber auch LG Stuttgart GRUR 1955, 54, 56, nach dem die demoskopische Umfrage einen hohen Annäherungsgrad an die tatsächlichen Gegebenheiten erbrächte und ihr ein hoher Erkenntniswert zukomme, gleichwohl viele Fehlerquellen aufweise; OLG München GRUR 1956, 379, 380, welches den Beweisanspruch zur Einholung eines Verkehrsgutachtens für unzulässig erachtet, da es kein Beweismittel nach § 485 ZPO sei; OLG Düsseldorf GRUR 1956, 35, 36, das die Fehlerhaftigkeit der Verkehrsbefragung bemängelt, nicht aber die grundsätzliche Zulässigkeit.

²³ Vgl. BGH GRUR 1957, 426, 428 – Getränke Industrie.

²⁴ Vgl. BGH GRUR 1963, 270 – Bärenfang. Die beiden Parteien dieser Entscheidung befassten sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Spirituosen. Eines der Erzeugnisse war der als ostpreußische Spezialität bekannte „Bärenfang“, ein Honiglikör. Die Beklagte war in Köln ansässig und warb mit der Angabe: „nach einem alten ostpreußischen Familienrezept“, was die Klägerin als Irreführung angriff.

²⁵ Die „Bärenfang-Doktrin“ galt bis ca. 2000/2001, vgl. Dobel S. 75 m.w.N.

²⁶ Vgl. BGH GRUR 1963, 270, 273 – Bärenfang.

²⁷ Er beruft sich dabei auf die vorangegangenen Entscheidungen BGH GRUR 1957, 88 – Funkberater; BGH GRUR 1957, 426, 428 – Getränke Industrie.

gestellung brauchbare und repräsentative Ergebnisse erwarten lässt“. Auch den Einwand unverhältnismäßiger Kostenverursachung ließ der Gerichtshof nicht gelten. Er kam insgesamt zu dem Schluss, das Gericht werde in einem Fall, der die Anschauung eines weit gespannten und vielschichtigen Personenkreises betreffe, in der Regel nicht ohne Weiteres über den erforderlichen Einblick verfügen.²⁸

Gegenwärtig ist das demoskopische Gutachten zur Feststellung einer Tatsache, die auf die Verbrauchermeinung abstellt, weitgehend anerkannt. Im Laufe der Jahre wurden die Instrumente der Befragung und die Durchführung des rechtsdemoskopischen Gutachtens so weit verbessert, dass – vorausgesetzt die Befragung wurde von einem anerkannten Institut durchgeführt – an der Eignung des Gutachtens als Beweismittel keine Zweifel mehr bestehen. Einzelne Aspekte bezüglich der Ausgestaltung und Auswertung eines demoskopischen Gutachtens bilden jedoch weiterhin den Ausgangspunkt von Unstimmigkeiten in der Rechtspraxis und -lehre.

II. Demoskopie im Wettbewerbsrecht

Der neben dem Markenrecht wichtigste Bereich, in dem demoskopische Gutachten zu Beweis Zwecken durchgeführt werden, ist das Recht des unlauteren Wettbewerbs.

1. Irreführungstatbestand

Die meisten Entscheidungen, bei denen rechtsdemoskopische Gutachten als Beweismittel Berücksichtigung finden, waren und sind Verfahren, welche die Irreführungsfahr nach § 5 UWG bzw. § 3 UWG a.F. feststellen.²⁹ Durch Ermittlung der Verkehrsauffassung ist hierbei der Prozentsatz der Verbraucher festzustellen beabsichtigt, die durch eine Werbeaussage getäuscht werden.

Das „6-Korn-Eier“-Urteil³⁰ des EuGH etwa gestand den nationalen Gerichten jedoch sehr umfassend die erforderliche Sachkunde zu, sofern nicht „besondere Schwie-

²⁸ Vgl. BGH GRUR 1963, 270, 273 – Bärenfang.

²⁹ Ausführlich hierzu Müller.

³⁰ Vgl. EuGH GRUR Int. 1998, 795 – 6-Korn Eier; die Parteien stritten um die mögliche Irreführung einer auf Eierverpackungen angebrachte Angabe und eines diesen Packungen beigelegten Einlegezettels. Streitgegenständlich war die Bezeichnung „6-Korn - 10 frische Eier“. Der Begriff sei – so vorge tragen – geeignet, einen nicht zu vernachlässigenden Teil der Käuferschaft irrezuführen, da er fälschlicherweise die Annahme nahelege, die Hühner würden nur 6-Korn-Fütterung erhalten und die verkauften Eier hätten besondere Qualitäten

rigkeiten“ entgegenstünden, die eine Verbraucherbefragung oder ein Sachverständigen-gutachten erforderlich machten.³¹

Doch blieb es zunächst bei der Praxis der „Bärenfang“-Entscheidung³², wonach die Sachkunde des Gerichts nicht zur Verneinung der Irreführung ausreiche. Demgegenüber entspreche die Ablehnung der Irreführungsgefahr der Ansicht des weitaus überwiegenden Teils der Verkehrsbeteiligten. Eine Übertragung der gerichtseigenen Einschätzung sei allerdings nach der Rechtsprechung nur akzeptabel, falls die Zahl der Verkehrsbeteiligten eine kleine Minderheit darstellt, während die Übertragung auf die große Mehrheit nicht ohne Weiteres erlaubt sei.

Diese Begründung ist nicht stichfest. Die Richter sind weder für die Mehrheit noch für die Minderheit der beteiligten Verkehrskreise als repräsentativ anzusehen. Ursächlich hierfür ist neben der Fehlervarianz v. a. die Tatsache, dass sie aufgrund ihrer Bildung sowie sozialen Stellung einer gesellschaftlichen Minderheit angehören und darüber hinaus durch ihre Aktenkenntnis keinesfalls als unbefangen gelten können.³³

Die „Elternbriefe“-Entscheidung³⁴ des BGH im Jahr 2001 hob schließlich hervor, es mache keinen Unterschied, ob der – verkehrsbeteiligte – Tatrichter seine Sachkunde und Lebenserfahrung zur Bejahung oder Verneinung einer Irreführungsgefahr einsetzen möchte.

Diese Entscheidung nahm jedoch keinen negativen Einfluss auf die Zahl der Fälle, für welche die Einholung juristischer Gutachten veranlasst wurde. Vielmehr verzeichnen die auf dem Gebiet der Rechtsdemoskopie tätigen Institute einen kontinuierlichen Anstieg derartiger Beauftragungen.³⁵

Dem demoskopischen Gutachten kam darüber hinaus auch im Bereich des Wettbewerbsrechts bei der Feststellung der Verwechslungsgefahr nach § 16 UWG a.F. eine gewisse Bedeutung zu. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs war es jedoch nicht ausgeschlossen, dass der Tatrichter die Vorstellung der beteiligten Verkehrskreise aufgrund eigener Sachkunde und Lebenserfahrung hinreichend zuverlässig beurteilen kann, sofern – namentlich bei Gegenständen des allgemeinen Bedarfs – die Anschauun-

³¹ Vgl. EuGH GRUR Int. 1998, 795, 797 – 6-Korn Eier.

³² Vgl. BGH GRUR 1963, 270 – Bärenfang.

³³ Vgl. Eichmann GRUR 1999, 939, 940.

³⁴ Vgl. BGH GRUR 2002, 550, 552 – Elternbriefe.

³⁵ Vgl. Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 3.

gen des unbefangenen Durchschnittsadressaten zu ermitteln sind und die Richter des zur Entscheidung berufenen Spruchkörpers selbst diesem Personenkreis angehören.^{36, 37}

2. Rufausbeutung einer bekannten Marke

Nach § 1 UWG a.F. war die mit Mühe und Kosten geschaffene Bekanntheit (nicht Berühmtheit) eines Zeichenbestandteils vor dem Ausnützen eines Mitbewerbers geschützt, sofern der Mitbewerber durch die Zugkraft des Zeichens seinen eigenen Absatz bzw. Bekanntheitswert steigern wollte.³⁸ Umso höher der Bekanntheitswert, desto eher war auch bei nur weiter entfernter Ähnlichkeit von einer unlauteren Rufausbeutung auszugehen.³⁹ Sowohl diese Feststellung als auch die vorgeworfene Ausnutzung durch eine Verbraucherirritation bzw. Verwechslungsgefahr konnte sich auf demoskopische Sachverständigengutachten stützen. Den Tatbestand der Rufausbeutung prägte nicht zuletzt die „Dimple“-Entscheidung⁴⁰ des BGH. Nach der Normierung von § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG besteht für die Anwendung der §§ 3, 5 I UWG bzw. § 1 UWG a.F. kein Raum mehr, sobald der markenrechtliche Anwendungsbereich eröffnet ist.⁴¹

3. Sonstige Fallkonstellationen

Lediglich als Ausnahme zu klassifizieren ist die Erstellung von Verkehrsgutachten zur Feststellung eines sonstigen wettbewerbswidrigen Verhaltens gem. §§ 3, 4 UWG bzw. § 1 UWG a.F. Obwohl der BGH⁴² den Beweiswert eines solchen Gutachtens für äußerst fragwürdig hielt, da die Befragten nicht vor die praktische Verkehrssituation gestellt werden könnten, prüfte z. B. das Kammergericht⁴³ anhand des Ergebnisses einer Verkehrsbefragung die Zulässigkeit von Telefonwerbung nach § 1 UWG a.F.

³⁶ Vgl. OLG Köln WRP 1996, 342, 350; OLG Hamburg WRP 1988, 749, 752.

³⁷ Vgl. auch Dobel S. 74 ff. mit einer ausführlichen Zusammenfassung der Rechtsprechung.

³⁸ Vgl. BGH GRUR 1983, 247 – Rolls Royce; BGH GRUR 1991, 465 – Salomon; BGH GRUR 1981, 142 – Kräutermeister; Baumbach/Hefermehl § 31, Rn. 182 ff.; Busse/Starck § 31, Rn. 269.

³⁹ Vgl. OLG Hamburg vom 16.07.1998, Az.: 3 U 132/96 – Tagesschau und darauf aufbauend OLG Hamburg GRUR 1999, 76 – Tagesschau.

⁴⁰ Vgl. BGH GRUR 1985, 550 – Dimple zur wettbewerbswidrigen Rufausbeutung einer prioritätsälteren, von einem anderen Unternehmen für Spirituosen eingetragenen und für einen Whisky gehobener Qualität benutzten Marke; zuvor erging bereits zur wirtschaftlichen Ausnutzung eines Urheberrechts die Entscheidung BGH GRUR 1960, 144, 146 – Bambi, welche ebenfalls zur Anwendung von § 1 UWG a.F. führte.

⁴¹ Vgl. Ströbele/Hacker § 2, Rn. 55 ff.; a.A. Ingerl/Rohnke § 2, Rn. 3.

⁴² Vgl. BGH GRUR 1967, 202, 204 – Gratisverlosung.

⁴³ Vgl. KG WRP 1978, 373 – Telefonwerbung.

Auch im Rahmen von § 4 Nr. 9 lit. a) UWG und dem damit verbundenen wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz kann die Erhebung eines Verkehrsgutachtens eine Rolle spielen, da die vermeidbare Täuschung der Abnehmer u.a. eine gewisse Bekanntheit des nachgeahmten Erzeugnisses voraussetzt.⁴⁴ Das Gutachten soll folglich Aufschluss darüber geben, inwiefern Gestaltungsformen eines Erzeugnisses bekannt sind. Eine Zuordnung zu dem eventuell verletzten Hersteller ist zwar nicht nachzuweisen, stellt aber ein weiteres Indiz für das wettbewerbswidrige Verhalten dar.⁴⁵

III. Demoskopie im allgemeinen Zivilrecht

Im allgemeinen Zivilrecht sind demoskopische Gutachten zu Beweis Zwecken mittlerweile eine Seltenheit, insbesondere weil die Sonderschutzrechte nach der neuen Gesetzeslage, nach welcher sich die Verfahren und Ansprüche richten, umfassenden Schutz gewähren.

1. Sonderschutz der berühmten Marke (§§ 1004, 823 Abs. 1 BGB)

Demoskopische Gutachten dienen ebenfalls zur Feststellung der Berühmtheit einer Marke. Geschützt wurden die mit der Alleinstellung einer berühmten Marke verbundene überragende Kennzeichnungskraft und ihr Werbewert gegen Verwässerung durch das Inverkehrbringen ungleichartiger Waren oder Dienstleistungen unter einem der Marke im engeren Ähnlichkeitsbereich ähnlichen Zeichen. Zu Zeiten des WZG erlangte die berühmte Marke diesen Schutz nicht durch die Anwendung eines Tatbestands des WZG selbst, sondern vielmehr über § 1 UWG a.F. Da jedoch § 1 UWG a.F. ein Wettbewerbsverhältnis voraussetzt, dieses aber beim Benutzer branchenfremder Waren meist fehlte, wurde die berühmte Marke als Bestandteil des eingerichteten und ausgeübten Geschäftsbetriebs nach §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB gegen Eingriffe und Verwässerung geschützt.⁴⁶

Voraussetzung für den Schutz als berühmte Marke war die Feststellung einer weit überragenden Verkehrsgeltung. Die Rechtsprechung hütete sich jedoch davor, konkrete

⁴⁴ Vgl. BGH GRUR 2007, 339 – Stufenleitern; BGH GRUR 2005, 600, 602 – Handtuchklemmen; BGH GRUR 2002, 820, 822 – Bremszangen; BGH GRUR 2002, 275, 277 – Noppenbahnen.

⁴⁵ Vgl. BGH GRUR 2007, 339 – Stufenleitern; BGH GRUR 2006, 79 – Jeans I.

⁴⁶ Vgl. BGH GRUR 1959, 182 – Quick; BGH GRUR 1966, 623 – Kupferberg; Ernst-Moll GRUR 1993, 8; Baumbach/Hefermehl § 31, Rn. 191.

Prozentsätze für den Verwässerungsschutz festzulegen. Als Untergrenze orientierte man sich zunächst an einem Prozentsatz von 65 %.⁴⁷ Der BGH führte dann mit der „Avon“-Entscheidung eine wichtige Klärung herbei⁴⁸, indem er entschied, ein früher als ausreichend angesehener Prozentsatz von 65-80 % genüge nun regelmäßig nicht mehr. Jedoch sei bei der Beurteilung des erforderlichen Bekanntheitsgrades und insbesondere bei der Heranziehung anderer außerordentlich bekannter Marken zu Vergleichszwecken zu beachten, dass unterschiedliche Waren oder Branchen bereits ihrem Wesen nach auf unterschiedliches Interesse des Verkehrs stoßen und demgemäß auch die jeweils zu fordernden Bekanntheitsgrade verschieden ausfallen können.⁴⁹ Die erforderliche überragende Bekanntheit musste in der Regel beim allgemeinen (gesamten) inländischen Publikum vorliegen. Mit der Ausfertigung des MarkenG und des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG verlor dieser Tatbestand jegliche Relevanz.

2. Namensschutz (§ 12 BGB)

Soweit das Markenrecht zum Schutz von Rechtspositionen nicht ausreicht, etwa weil es sich um einen Eigennamen⁵⁰, eine Firmen- bzw. Geschäftsbezeichnung oder um ein unterscheidungskräftiges Zeichen ohne Herkunftsfunktion⁵¹ handelt, kann aus § 12 BGB (analog) ein Schutz hergeleitet werden.⁵²

Dieser steht nicht nur natürlichen, sondern auch juristischen Personen zu und ist weder auf den Namen noch mögliche Pseudonyme oder Künstlernamen beschränkt. Vielmehr kann ein Schutz auch für Namen von Verbänden⁵³, Vereinen⁵⁴, Stiftungen⁵⁵, Orden⁵⁶, Diözesen⁵⁷, die katholische Kirche selbst⁵⁸, Universitäten⁵⁹, Gewerkschaften⁶⁰,

⁴⁷ Vgl. Harmsen GRUR 1968, 503, 504; Noelle-Neumann/Schramm GRUR 1966, 70, 81.

⁴⁸ Vgl. BGH GRUR 1991, 863, 866 – Avon.

⁴⁹ Vgl. Leitsatz aus BGH GRUR 1991, 863, 866 – Avon.

⁵⁰ Vgl. BGH GRUR 2012, 534 – Landgut Borsig; BGH GRUR 2000, 709 – Marlene; BGH GRUR 1983, 262 – Uwe; OLG München GRUR 1960, 394 – Romy; KG JW 1921, 348 – Ossi Oswald.

⁵¹ Vgl. BGH GRUR 2002, 917 – Düsseldorfer Stadtwappen; BGH GRUR 1993, 151 – Universitätseblem; BGH GRUR 1964, 38 – Dortmund grüßt.

⁵² S. auch unten B.IV.6. zu § 13 MarkenG.

⁵³ Vgl. OLG Köln GRUR 1993, 584 – VUBI.

⁵⁴ Vgl. BGH GRUR 2012, 539 – Freie Wähler; BGH GRUR 2005, 517 – Literaturhaus; BGH GRUR 1953, 446 – Verein der Steuerberater.

⁵⁵ Vgl. BGH GRUR 1988, 560 – Christophorus-Stiftung.

⁵⁶ Vgl. BGH GRUR 1991, 157 – Johanniter-Bier.

⁵⁷ Vgl. BGH GRUR 2005, 357 – Pro Fide Catholica; BGH NJW 1994, 245 – römisch-katholisch/katholisch.

⁵⁸ Vgl. BGH NJW 1994, 245 – römisch-katholisch/katholisch.

Städten bzw. Gemeinden⁶¹, Behörden⁶² und ausnahmsweise sogar für Bauvorhaben bzw. Bauobjekte⁶³ bestehen. Auch Wappen und Vereinseembleme sind unter bestimmten Voraussetzungen schutzfähig.⁶⁴ Ein Namensschutz unabhängig von der Verkehrsgeltung setzt allerdings voraus, dass der Name oder das Zeichen individualisierende Unterscheidungskraft aufweist und damit zur namensmäßigen Kennzeichnung geeignet erscheint. Genügt die Bezeichnung ihrer Natur nach zur sicheren Unterscheidung von anderen Personen, so bedarf es des Nachweises einer besonderen Verkehrsgeltung nicht; nur wenn eine Bezeichnung eine solche Unterscheidungskraft von Haus aus nicht besitzt, kommt es weiter darauf an, ob die an sich nicht schutzfähige, weil nicht unterscheidungskräftige Bezeichnung in den beteiligten Verkehrskreisen als namensmäßiger Hinweis auf den Inhaber des Namens Verkehrsgeltung erlangt hat. Den Nachweis dieser Verkehrsgeltung erbringt ein demoskopisches Gutachten.⁶⁵

Die Gerichte fordern zwar keinen konkreten Prozentsatz bezüglich der Verkehrsbekanntheit, im Rahmen der „Uwe“-Entscheidung⁶⁶ wurden zur Annahme der Verkehrsgeltung allerdings 61 % für ausreichend erachtet.

IV. Demoskopie im Markenrecht

Das Kennzeichenrecht gilt als Ursprung der Rechtsdemoskopie. Die Beweistauglichkeit innerhalb des Markenrechts zur Ermittlung des Kennzeichenschutzes ist seit Langem anerkannt. Dabei dient das demoskopische Gutachten heute in der Regel dem

⁵⁹ Vgl. BGH GRUR 1993, 151 – Universitätseblem; OLG Braunschweig OLGR Braunschweig 2004, 252 – fh-wf.de

⁶⁰ Vgl. BGH GRUR 1965, 377 – GdP.

⁶¹ Vgl. BGH GRUR 2007, 259 – solingen.info; BGH GRUR 1964, 38 – Dortmund grüßt mit Hansa-Bier; OLG Düsseldorf WRP 2002, 1085, GRUR-RR 2003, 25 – düsseldorf.info; OLG Köln GRUR 2000, 798 – alsdorf.de; OLG Köln NJW-RR 1999, 622 – herzogenrath.de; LG Ansbach NJW 1997, 798 – ansbach.de; LG Braunschweig NJW 1997, 2687 – braunschweig.de; LG Mannheim GRUR 1997, 377 – heidelberg.de; Schutz auch für Kurzbezeichnungen LG Düsseldorf MMR 2002, 398 – bocklet.de. Zum Namensschutz von Staatsnamen s. KG Berlin MMR 2007, 600 – tschechische-republik.com.

⁶² Vgl. LG Köln MMR 2005, 621 – mahngericht.de; LG Hannover Mitt. 2002, 148 – Verteidigungsministerium.de.

⁶³ Vgl. BGH GRUR 1976, 311 – Sternhaus; Thüringer OLG GRUR 2000, 435 – Wartburg; KG NJW 1988, 2892 – Esplande; LG Düsseldorf GRUR-RR 2001, 311 Skylight.

⁶⁴ Vgl. BGH DNotZ 2004, 230 – Hessisches Landeswappen; BGH GRUR 2002, 917 – Düsseldorf Stadtappen; BGH GRUR 1993, 151 – Universitätseblem.

⁶⁵ Vgl. BGH GRUR 2005, 517, 518 – Literaturhaus e.V.; KG Berlin GRUR-RR 2009, 317 – Bundesverband Psychiatrie-Erfahrener e.V.

⁶⁶ Vgl. BGH GRUR 1983, 262 – Uwe.

Beweis, dass ein bestimmtes Zeichen Unterscheidungskraft besitzt und kein Freihaltebedürfnis besteht.

1. Verkehrsgeltung (§§ 4 Nr. 2, 5 Abs. 2 MarkenG)

a) Verkehrsgeltung (§ 4 Nr. 2 MarkenG)⁶⁷

Eine Marke erlangt Markenrechtsschutz neben dem Eintragungstatbestand nach § 4 Nr. 1 MarkenG auch nach § 4 Nr. 2 MarkenG durch Benutzung. Allerdings reicht die bloße Benutzung eines als Marke schutzfähigen Zeichens im geschäftlichen Verkehr allein nicht aus. Vielmehr ist eine mit der Benutzung einhergehende Verkehrsgeltung innerhalb beteiligter Verkehrskreise erforderlich. § 25 Abs. 1 WZG normierte diesen Tatbestand früher als Ausstattungsschutz, wonach derjenige, der im geschäftlichen Verkehr z. B. Waren widerrechtlich mit einer Ausstattung versieht, die innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleicher oder gleichartiger Waren eines anderen gilt, oder derart widerrechtlich gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält, von dem anderen auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann. Der Begriff der Verkehrsgeltung nach dem MarkenG entstammt weitestgehend dieser Regelung, weshalb die dazu ergangene Rechtsprechung als Auslegungshilfe für den Begriff der Verkehrsgeltung herangezogen werden kann.

Über die den Markenschutz ausschließenden Gründe gem. § 3 Abs. 2 MarkenG hilft die Verkehrsgeltung jedoch nicht hinweg.

Der Schutz eines Zeichens durch Benutzung nach § 4 Nr. 2 MarkenG tritt in Kraft, wenn die Marke im Verkehr so bekannt wird, dass sie die Unternehmensprodukte allein und unmittelbar identifiziert und so die Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen eines anderen Unternehmens unterscheidungsfähig macht. Genau diese Kennzeichnungskraft kann ein demoskopisches Gutachten, das die bestehende Verkehrsauffassung innerhalb beteiligter Verkehrskreise eruiert, feststellen.

Unter Verweis auf die aus dem WZG (dort § 4 Abs. 3; § 25) übernommene sprachliche Unterscheidung durch § 8 Abs. 3 MarkenG, nach dem die Verkehrsdurchsetzung in den beteiligten Verkehrskreisen vorliegen muss, und § 4 Abs. 2 MarkenG, dem eine Verkehrsgeltung innerhalb beteiligter Verkehrskreise genügt, nimmt die Rechtspre-

⁶⁷ Ausführlich zur Demoskopie im Bereich der Verkehrsgeltung vgl. Utz S. 167 ff.

chung an, die Verkehrsgeltung stimme nicht mit dem Begriff der Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG überein und verlange einen geringeren Zuordnungsgrad^{68, 69}. Obschon sich aus der sprachlichen Abweichung eine solche Differenzierung nicht schließen lässt, scheint ein geringerer Zuordnungsgrad dennoch gerechtfertigt, sofern das benutzte Zeichen ohne Weiteres nach § 4 Nr. 1 MarkenG eintragungsfähig ist und keine Schutzhindernisse – wie bei der Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG stets der Fall – entgegenstehen.⁷⁰ Fehlt es aber an Unterscheidungskraft, muss der Zuordnungsgrad genauso hoch liegen wie bei der Verkehrsdurchsetzung, da anderenfalls § 8 Abs. 3 MarkenG umgangen würde. Fraglich ist hingegen, ob die Erfordernisse an die zu verlangenden Zuordnungsgrade insbesondere vom Freihaltebedürfnis abhängig gemacht werden dürfen.⁷¹ Insgesamt sollte das Freihaltebedürfnis keine Relevanz für den erforderlichen Zuordnungsgrad haben. Nicht, weil die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 1 MarkenRL für die Auslegung von § 4 Nr. 2 MarkenG verbindlich wäre,⁷² sondern weil es keinen Grund gibt, diese ähnlichen Konstellationen uneinheitlich zu behandeln.

Während die Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG bundesweit nachzuweisen ist, kann ein Zeichen nach § 4 Nr. 2 MarkenG auch dann Schutz genießen, wenn die Verkehrsgeltung lediglich regional besteht. Dementsprechend ist auch der Schutzbereich nur auf diese Örtlichkeit beschränkt. Zur Ermittlung dieses örtlich begrenzten Schutzbereichs ist zu prüfen, ob es sich bei dem maßgebenden räumlichen Bereich, in dem ein entsprechender Durchsetzungsgrad erreicht ist, um einen einheitlichen Wirtschaftsraum handelt, der nach Umfang und wirtschaftlicher Bedeutung eine Sperrung

⁶⁸ Die Rechtsprechung verlangte einen gewissen Grad der Verkehrsgeltung. Hierfür dienten ungenaue Umschreibungen wie „beachtlicher Teil“ nach RG MuW 1931, 91 oder dass der Kreis der Beteiligten „nicht so unerheblich sein dürfe, dass er für den Verkehr überhaupt nicht mitspricht“ nach RG RGZ 167, 171 – Alpenmilch.

⁶⁹ Vgl. Fezer § 4, Rn. 121 ff.; Ströbele/Hacker § 4, Rn. 40 ff.

⁷⁰ Bei einem solchen Fall der „einfachen Verkehrsgeltung“ wird im Allgemeinen ein Zuordnungsgrad von 20-25 % ausreichend aber auch notwendig sein. Vgl. hierzu Ströbele/Hacker § 4, Rn. 42; Piper GRUR 1996, 429, 433 (20 %); Fammler MarkenR 2004, 89, 92 (20 %); Schramm MA 1973, 87, 92 (25 %); Chrocziel in Schricker/Stauder S. 258, Rn. 84 (20%-25%).

⁷¹ Der EuGH hat es für Registermarken allerdings abgelehnt, den Begriff der erworbenen Unterscheidungskraft in Abhängigkeit von einem Freihalteinteresse der Konkurrenten zu sehen. Dennoch die Relevanz des Freihaltebedürfnisses bejahend: Ströbele/Hacker § 4, Rn. 44 m.w.N.; wohl auch Ingerl/Rohnke § 4, Rn. 21; wohl auch Fezer § 4, Rn. 123, der an dieser Stelle aber gar nicht auf die EuGH-Rspr. eingeht. Verneinend: Harte-Bavendamm/Goldmann 36 f.; v. Schultz § 4, Rn. 13 ff.; Ekey/Klippel/Ekey § 4, Rn. 70 und 76.

⁷² Insofern richtig Ströbele/Hacker § 8, Rn. 44.

gegenüber verwechslungsfähigen Bezeichnungen rechtfertigt.⁷³ Anzunehmen ist dies z. B. im Fall einer Großstadt, während einzelne Stadtteile dieses Kriterium eher nicht erfüllen.⁷⁴ Über das örtliche Verkehrsgeltungsterritorium hinaus kann zudem Schutz erlangt werden, wenn sich eine natürliche künftige Ausdehnungstendenz prognostizieren lässt.⁷⁵

Der Markenschutz durch Benutzung erlischt, sobald der Zeicheninhaber die Benutzung der Marke unterbricht oder die Verkehrsgeltung nicht mehr nachweisen kann.⁷⁶

b) Verkehrsgeltung (§ 5 Abs. 2 MarkenG)

Die Entstehung des Schutzes für Unternehmenskennzeichen nach § 5 Abs. 2 MarkenG bedarf zwingend der Benutzung eines Unternehmenskennzeichens, das eine hinreichende Unterscheidungskraft aufweist und seiner Art nach eine Namensfunktion ausübt. Verfügt das Kennzeichen über keine derartige Unterscheidungskraft, entsteht der Schutz erst, wenn die entsprechende Verkehrsgeltung innerhalb der beteiligten Verkehrskreise entsprechend § 4 Nr. 2 MarkenG nachgewiesen wird.

Geschäftsabzeichen hingegen erfordern zu ihrem kennzeichenrechtlichen Schutz i.S.d. § 5 Abs. 2 Satz 2 MarkenG stets den Nachweis, innerhalb der beteiligten Verkehrskreise als Kennzeichen des Geschäftsbetriebs zu gelten. Einem Schutz von Geschäftsabzeichen im Sinne von § 5 Abs. 2 MarkenG unterliegen etwa Telefonnummern⁷⁷, Faxnummern, Internet-Domains, Bildsymbole, einheitliche Kleidung der Mitarbeiter, die Aufmachung des Geschäftswagens oder auch Werbeslogans, sofern diese nicht selbst als Marken registriert sind. Im Gegensatz zu einem Zeichen gem. § 4 Nr. 2 MarkenG, das als Produkt- oder Dienstleistungsaufmachung auf die Herkunft aus dem Hersteller- oder Dienstleistungsbetrieb hinweist, erfüllt das Geschäftsabzeichen oder ein sonstiges Zeichen gem. § 5 Abs. 2 Satz 2 MarkenG die Funktion, den Geschäftsbetrieb zu kennzeichnen, der das Zeichen verwendet.

⁷³ Vgl. BGH GRUR 1979, 470, 471 – RBB/RBT; RG GRUR 1942, 217, 219, 220 – Goldbronzierte Likörfflasche; BGH BGHZ 11, 214, 219, 220 – KfA; BGH GRUR 1960, 83, 85 f. – Nährbier.

⁷⁴ Vgl. Ströbele/Hacker § 4, Rn. 35.

⁷⁵ Vgl. BGH GRUR 1956, 558, 561 – Regensburger Karmelitengeist.

⁷⁶ Vgl. Ingerl/Rohnke § 4, Rn. 20. A.A. Fezer § 4, Rn. 214, wonach erst der Verlust der Verkehrsgeltung zum Verlust des Markenrechtsschutzes führt.

⁷⁷ Vgl. BGH GRUR 1953, 290, 291 – Fernsprechnummer.

2. Notorische Bekanntheit (§ 4 Nr. 3 MarkenG)

Die notorische Bekanntheit ist neben § 4 Nr. 2 MarkenG der zweite sachliche Entstehungstatbestand für Markenschutz. Nach § 4 Nr. 3 MarkenG entsteht der Markenschutz durch die notorische Bekanntheit einer Marke i.S.d. Art 6^{bis} PVÜ. Auch wenn sich dieser lediglich auf Fabrik- und Handelsmarken bezieht, entsteht der Schutz nach § 4 Nr. 3 MarkenG auch für notorisch bekannte Dienstleistungsmarken.⁷⁸

Voraussetzung für das Entstehen einer Notorietätsmarke ist die allgemeine Kenntnis von der Marke als ein produktidentifizierendes Unterscheidungszeichen innerhalb aller angesprochenen Verkehrskreise im Inland. Notorietät erfordert im Wesentlichen eine quantitativ feststellbare gesteigerte Verkehrsgeltung der Marke. Soweit überhaupt Prozentsätze genannt werden, besteht notorische Bekanntheit erst ab einem Bekanntheitsgrad von 60 %.⁷⁹

Entbehrlich wäre eine demoskopische Erhebung nur dann, wenn sich die gesteigerte Verkehrsgeltung zweifelsfrei aus anderen Umständen ergibt, wie vermutlich zutreffend auf Weltmarken wie Marlboro, Coca-Cola oder Beck's.⁸⁰

3. Sonderschutz der bekannten Marke (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG und § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG)⁸¹

Wie bereits erwähnt wurden durch § 14 Abs. 2 Nr. 3 und § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG sowohl der bürgerlich-rechtliche Schutz berühmter Kennzeichen gegen Verwässerung als auch die Rufausbeutung bekannter Marken obsolet. Die genannten Paragraphen umfassen diese Fallkonstellationen in jeglicher Hinsicht. Insoweit verbietet das Markenrecht die Anwendung des UWG bzw. allgemein zivilrechtlicher Anspruchsgrundlagen.⁸²

Die Feststellung des markenmäßigen Gebrauchs obliegt der Beurteilung des Tatrichters und kann auch mit Hilfe eines demoskopischen Gutachtens erfolgen.⁸³

⁷⁸ In Übereinstimmung mit Art. 16 Abs. 2 S. 1 TRIPs-Übereinkommen. Danach erfasst dieser Schutz auch nichtkonventionsrechtliche Sachverhalte.

⁷⁹ Vgl. Noelle-Neumann/Schramm GRUR 1966, 70, 81 (ab 63% bis 65 %); Reinbott Mitt. 1977, 82, 84 (ab 63-70 %); Ingerl/Rohnke § 4, Rn. 29 (70 %); Sack BB 1993, 869.

⁸⁰ Vgl. Fezer Art. 6^{bis}, Rn. 5.

⁸¹ Ausführlich zur Demoskopie im Bereich der bekannten Marken vgl. Utz S. 181 ff.

⁸² Vgl. Ströbele/Hacker § 2, Rn. 55; a.A. Ingerl/Rohnke § 2, Rn. 3.

⁸³ Vgl. BGH vom 14.01.2010, Az.: I ZR 82/08, Nr. 23 – CCCP; Ströbele/Hacker § 14, Rn. 106.

Aber selbst in Fällen, bei denen es sich nicht um eine markenmäßige Benutzung des angegriffenen Zeichens handelt und/oder eine Waren- bzw. Dienstleistungsähnlichkeit vorliegt, sind mit dem BGH § 14 Abs. 2 Nr. 3 und § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG (analog/doppelt analog) anzuwenden.⁸⁴

Der Bekanntheitsbegriff von § 14 Abs. 2 Nr. 3 und § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG ist eigenständig auszulegen.⁸⁵ Die Marke muss einem bedeutenden Teil des Publikums bekannt sein,⁸⁶ wobei nicht allein auf einen demoskopisch fassbaren Bekanntheitsgrad abzustellen ist.⁸⁷ Die demoskopische Ermittlung des Bekanntheitsgrades stellt lediglich einen von mehreren Beurteilungsfaktoren dar.

So kann weder bei einem demoskopisch erfassten geringen Bekanntheitsgrad eine Bekanntheit im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 3 und § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG verneint noch bei hohen Bekanntheitsgraden eine solche per se bejaht werden.⁸⁸ Die gegenwärtige⁸⁹ Rechtsprechung stellt weder grobe Richtsätze noch einen Mindestdatz zur Verfügung, bei dem die Bekanntheit zu bejahen wäre.⁹⁰ So wurde im Rahmen einer BGH-Entscheidung⁹¹ der durch ein demoskopisches Gutachtens ermittelte, äußerst niedrige Bekanntheitsgrad von 8,1 % bzw. 12,64 % als nicht ausreichend erachtet, um die Be-

⁸⁴ Der EuGH hat in seinen Entscheidungen EuGH GRUR 2003, 240 – Davidoff/Gofkid und EuGH GRUR 2004, 58 – Adidas/Fitnessworld zwar lediglich die Vorgabe gemacht, dass die Mitgliedstaaten den besonderen Schutz im Produktähnlichkeitsbereich gewährleisten müssen, soweit sie von der in Art. 5 Abs. 2 MarkenRL eingeräumten Option überhaupt Gebrauch machten, d.h. heißt aber nicht wie. Der BGH hat sich dann in seiner Rechtsprechung für den markenrechtlichen Weg entschieden. Vgl. BGH GRUR 2004, 235, 238 – Davidoff II; BGH GRUR 2004, 779, 783 – Zwilling/Zweibrüder; BGH GRUR 2004, 598, 599 – Kleiner Feigling; BGH GRUR 2005, 163, 165 Aluminiumräder. Vgl. auch Ströbele/Hacker § 14, Rn. 330 ff., 121 f.; Fammler MarkenR 2004, 89, 97.

⁸⁵ Vgl. Ströbele/Hacker § 14, Rn. 275.

⁸⁶ Vgl. EuGH GRUR 2009, 1158, 1159, Nr. 23 – PAGO/Tirolmilch; EuGH GRUR Int 2000, 73, 75, Nr. 26 – Chevy; BGH GRUR 2003, 428, 432 – BIG BERTHA.

⁸⁷ Vgl. Ströbele/Hacker § 14, Rn. 275.

⁸⁸ Vgl. Ströbele/Hacker § 14, Rn. 276; a.A.: OLG Köln GRUR-RR 2010, 202 – Rotes Sparbuch, wonach bei einem im Rahmen der Verkehrsdurchsetzung nachgewiesenen Zuordnungsgrad von 68 % auch eine Bekanntheit im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG zu bejahen ist.; Blankenburg, S. 217 ff.; Fezer § 14, Rn. 759 ff., der eine Bekanntheit bei einem Bekanntheitswert von 50 % unter dem Ausschluss qualitativer Elemente festsetzt, wobei er grundsätzlich eine Bezugnahme auf qualitativer Elemente für zulässig erachtet.

⁸⁹ In der Vergangenheit wurden durchaus bestimmte Prozentsätze angegeben, die als grobe Richtschnur für eine Mindestbekanntheit geltend sollten: BGH GRUR 1985, 550 – DIMPLE (33 %); BGH GRUR 1991, 465 – Salomon (30 % in Sportkreisen und allgemein in Bayern/Baden-Württemberg nicht ausreichend); OLG Hamburg MarkenR 2003, 401, 406 – VISA (30 %); OLG Hamburg GRUR 1999, 339, 342 – Yves Roche (30 %); vgl. auch Fezer § 14, Rn. 762 (20 % als Mindestwert und 50 % als Faustformel).

⁹⁰ A.A.: OLG Köln GRUR-RR 2010, 202 – Rotes Sparbuch für Gewinn, wonach bei einem im Rahmen der Verkehrsdurchsetzung nachgewiesenen Zuordnungsgrad von 68 % auch eine Bekanntheit im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG zu bejahen ist.

⁹¹ Vgl. BGH GRUR 2002, 340, 341, Nr. 15 – Fabergé.

kanntheit der Marke nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 und § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG allein unter diesem quantitativen Gesichtspunkt auszuschließen.

Die Bekanntheit der Marke muss flächenmäßig nicht im gesamten Bundesgebiet vorliegen, vielmehr entspricht es den Erfordernissen für einen bundesweiten Schutz nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 und § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG, wenn sich die Bekanntheit über einen wesentlichen Teil des Bundesgebiets erstreckt.⁹²

4. Verwechslungsgefahr (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 und § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG)⁹³

Der Inhaber einer durch § 9 bzw. § 14 MarkenG geschützten Marke kann gegen eine seine Rechte beeinträchtigende Marke im Wege des Widerspruchsverfahrens nach § 42 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG oder mittels Unterlassungs-/Schadensersatzanspruch nach § 14 Abs. 5-7 MarkenG vorgehen. Voraussetzung ist jedoch neben der Identität oder Ähnlichkeit der Ware und Dienstleistung auch eine zwischen den beiden Marken bestehende Verwechslungsgefahr.⁹⁴ Je höher der Kennzeichnungsgrad der geschützten Marke, desto weiter reicht ihr Schutzzumfang und desto eher ist eine Kollision der beiden Marken bzw. eine durch die angegriffenen Marke herbeigeführte Verwechslungsgefahr anzunehmen. Daher ist zwischen einem verminderten, einem normalen und einem erweiterten Schutzzumfang zu differenzieren.

5. Schutz des Namensrechts (§ 13 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG)

Sonstige Rechte nach § 13 Abs. 2 MarkenG betreffen Rechtspositionen, welche die §§ 9-12 MarkenG nicht aufführen. Sie können im Wege der Löschungsklage nach §§ 51, 55 MarkenG oder einredeweise im Verletzungsprozess geltend gemacht werden.

Im Unterschied zum außermarkenrechtlichen Namensschutz nach § 12 BGB (analog) muss das Namensrecht nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG i.V.m. § 12 BGB dieses Untersagungsrecht über das gesamte Bundesgebiet hinweg erlangt haben, da eine Markenlöschung bei lediglich regionalem Untersagungsrecht unverhältnismäßig wäre.⁹⁵ Ob ein Verbotungsrecht des Inhabers des prioritätsälteren sonstigen Rechts besteht, richtet

⁹² Vgl. Ströbele/Hacker § 14, Rn. 284.

⁹³ Ausführlich zur Demoskopie im Bereich der Verwechslungsgefahr vgl. Utz S. 224 ff.

⁹⁴ Vgl. Ströbele MarkenR 2001, 106, 117.

⁹⁵ Vgl. zur Kollision zwischen Künstlernamen, Marke und bürgerlichem Namen OLG Düsseldorf WRP 2013, 1077 – Der Wendler; Dieth WRP 2013, 1081-1083.

sich nach den jeweiligen Vorschriften zum Schutzzinhalt des sonstigen Rechts. In Bezug auf das Namensrecht nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG bedeutet dies einen bundesweiten namensmäßigen Gebrauch und eine umfangreiche Verkehrsgeltung des Namens auf diesem territorialen Gebiet. In Anbetracht der strengeren Voraussetzungen sind Verfahren, die sich erfolgreich auf § 13 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG i.V.m. § 12 BGB stützten daher eher selten – wie auch das Fehlen einschlägiger Rechtsprechung belegt.

Grundsätzlich wäre jedoch denkbar, den Löschungsanspruch aus § 13 MarkenG anhand eines demoskopischen Gutachtens nachzuweisen.

6. Monetäre Markenbewertung

Unter eher wirtschaftlichen als rechtlich orientierten Gesichtspunkt spielen demoskopische Gutachten auch bei der Feststellung des Markenwertes eine Rolle. Anlässe für eine Markenbewertung bestehen außerhalb der unternehmensinternen Fälle v. a. in der Unternehmensakquisition, der Lizenzierung bzw. dem Franchising von Marken, der Kreditsicherung, der Feststellung der Schadenshöhe bei Schadensersatzansprüchen, der Bilanzierung und der Insolvenz von Marken besitzenden Unternehmen zur Feststellung der Insolvenzmasse.⁹⁶

Zur Ermittlung des monetären Markenwertes existieren zahlreiche Ermittlungsmethoden⁹⁷, von denen viele als Wertungselement auch Konstanten wie z. B. die Markenbekanntheit, die Markentreue, die Markensympathie und/oder die Kaufabsicht mittels Verkehrsbefragung evaluieren.

7. Eintragung aufgrund Verkehrsdurchsetzung (§ 8 Abs. 3 MarkenG)

Das Thema der vorliegenden Arbeit beschränkt sich auf die Verkehrsdurchsetzung, durch welche der Anmelder die Eintragungshindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG überwindet und ein förmliches Markenrecht nach § 4 Nr. 1 MarkenG erlangt. Der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung wird im deutschen Recht oftmals anhand einer Verkehrsbefragung geführt. Die Verfahrenszahl nach § 8 Abs. 3 MarkenG ist im Vergleich zu den bereits dargestellten Konstellationen nicht unerheblich. Zudem sind sie

⁹⁶ Vgl. Künzel S. 45 ff.; Ströbele/*Hacker* § 29, Rn. 17; Fezer § 27, Rn. 87 ff.

⁹⁷ Beispielsweise sind dabei die Verfahren Advanced Brand Evaluation oder Brand Evaluation zu nennen; vgl. zum Ganzen Künzel S. 97 ff.

für die Anmelder oftmals auch von enormer wirtschaftlicher Bedeutung, weshalb ihnen aufgrund des grundsätzlichen Freihaltungsinteresses eine besondere Tragweite für die Allgemeinheit und die Mitbewerber zukommt.

Wie die vorangegangenen Ausführungen zeigten, ist der Anwendungsbereich der Demoskopie im Recht breit gefächert. Die verschiedenen demoskopischen Erhebungen dienen der Feststellung einer bestimmten Ansicht innerhalb bestimmter Verkehrskreise, durch welche wiederum ein bestimmter Tatbestandsnachweis geführt wird. Insofern weisen die einzelnen Anwendungsgebiete eines solchen Gutachtens Berührungspunkte, aber auch Unterschiede wie z. B. bezüglich der Fragengestaltung oder des zu fordernden Grades der Verkehrsbekanntheit auf. Dementsprechend können Teile der Abhandlung für die anderen Fallkonstellationen herangezogen werden.⁹⁸

⁹⁸ Weitere Verwendungsgebiete: Feststellung der allgemeinen Verkehrsauffassung, etwa zur Produkteinordnung (BGH GRUR 2001, 450 – Franzbranntwein-Gel) oder zur Einordnung als Beschaffenheitsangabe (BGH GRUR 1999, 992, 994 – BIG PACK) und Branchennähe (OLG Hamburg WRP 1993, 772, 794). Im Geschmacksmusterrecht wurde ein Verkehrsgutachten jedoch als unzulänglich bewertet (OLG Hamburg NJOZ 2007, 3055, 3060 – Handydesign). Für die Frage der Warengleichheit (vgl. BGH GRUR 1982, 231, 232 – Difex) und warenzeichenmäßige Benutzung (vgl. BGH GRUR 1981, 277, 278 – Biene Maja) werden Umfragegutachten weder von den Parteien noch von den Gerichten eingesetzt.

C. Einführung in das Recht der Verkehrsdurchsetzung

§ 8 Abs. 2 MarkenG enthält eine Auflistung von Tatbeständen, die, sofern sie bei dem zur Eintragung angemeldeten Zeichen vorliegen, ein absolutes Eintragungshindernis für das Zeichen darstellen, sodass ein Markenschutz nach dem Eintragungstatbestand des § 4 Nr. 1 MarkenG nicht entstehen kann. Nach § 8 Abs. 3 MarkenG ist jedoch eine Überwindung der Eintragungshindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG möglich, wenn sich die Marke vor dem Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung infolge ihrer Benutzung für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet wurde, in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt hat.

So sind gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 Marken von der Eintragung ausgeschlossen:

- 1. denen für die Waren oder Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt,*
- 2. die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geographischen Herkunft, der Zeit der Herstellung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistungen oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können,*
- 3. die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten zur Bezeichnung der Waren oder Dienstleistungen üblich geworden sind.*

Ob die Marke grundsätzlich nach § 4 Nr. 1, § 8 Abs. 2 MarkenG als eintragungsfähig gilt, resultiert aus der Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise im entscheidungserheblichen Zeitpunkt, nach der neueren Rechtsprechung des BGH ist dies der Zeitpunkt der Anmeldung.⁹⁹ Der BGH hielt damit an seiner bisherigen Recht-

⁹⁹ BGH GRUR 2013, 1143 – Aus Akten werden Fakten; BGH GRUR 2014, 565 – smartbook.

sprechung¹⁰⁰ ausdrücklich nicht mehr fest. Der BGH begründete die Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung nicht nur mit dem Interesse des Anmelders daran, durch die Dauer des Eintragungsverfahrens keine Nachteile zu erleiden. Hinzu käme nämlich auch noch *„das Interesse der Allgemeinheit an einer grundsätzlich einheitlichen Auslegung dieser miteinander übereinstimmenden Regelungen der Gemeinschaftsmarkenverordnung einerseits und des Markengesetzes andererseits. Diese Interessen des Anmelders und der Allgemeinheit seien – jedenfalls in ihrer Gesamtheit – höher zu bewerten als das Interesse an einer schnellen Erledigung einer Vielzahl von Anmeldungen.“*¹⁰¹

Maßgeblich bezüglich der beteiligten Verkehrskreise ist im Allgemeinen die Sicht des normal informierten sowie angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers, wobei dem Tatrichter bzw. Prüfer des DPMA die Bejahung oder Verneinung der Eintragungsfähigkeit aus eigener Sachkunde und Lebenserfahrung in jeglicher Hinsicht gestattet ist. Nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG (ebenso Art. 3 Abs. 1c MarkenRL; Art. 7 Abs. 1c GMV) muss das Zeichen zum Zwecke einer beschreibenden Angabe verwendet werden können.¹⁰²

Nach § 8 Abs. 3 MarkenG findet § 8 Absatz 2 Nr. 1, 2 und 3 MarkenG hingegen keine Anwendung, wenn das Zeichen einen Bedeutungswandel vollzogen sowie eine herkunftshinweisende Funktion gewonnen hat, wodurch es sich als Marke im Verkehr durchsetzen konnte.¹⁰³

I. Überblick über die Entstehungsgeschichte

Die Verkehrsdurchsetzung war zunächst in § 4 Abs. 3 WZG¹⁰⁴ derart kodifiziert und normiert, als nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 WZG von der Eintragung ausgeschlossene Zeichen als Marke eingetragen werden konnten, wenn sich *„das Zeichen im Verkehr als*

¹⁰⁰ Nach BGH GRUR 2009, 411 – STREETBALL galt dagegen der Zeitpunkt des Antrags auf Eintragung des Zeichens als Marke selbst dann, wenn für den Anmelder bereits ein identisches Zeichen für dieselben Waren oder Dienstleistungen eingetragen ist. Es seien deshalb keine anderen, insbesondere keine noch geringeren Anforderungen an das Vorliegen der Unterscheidungskraft zu stellen als sonst. Vgl. auch BPatG vom 18.08.2010, Az.: 28 W (pat) 122/09 – omega-fit.

¹⁰¹ BGH GRUR 2013, 1143 – Aus Akten werden Fakten, unter Bezugnahme auf Bölling GRUR 2011, 472, 477.

¹⁰² Vgl. EuGH GRUR 2004, 146, 147, Nr. 32 – Doublemint; BPatG vom 01.12.2009, Az.: 28 W (pat) 96/08, Nr. 17 – Российская .

¹⁰³ Vgl. Fezer § 8, Rn. 690, Utz S. 99.

¹⁰⁴ Das Warenzeichengesetz, welches am 5. Mai 1936 (RGBl. II S. 134) verkündet wurde und am 1. Oktober 1936 in Kraft trat, löste das seit 1895 geltende Warenbezeichnungsgesetz (Gesetz zum Schutz von Warenbezeichnungen) ab.

Kennzeichen des Anmelders durchgesetzt hat“. Das WZG wurde am 1. Januar 1995 durch das MarkenG als Teil des Markenrechtsreformgesetzes vom 25. Oktober 1994 abgelöst.¹⁰⁵ Als Grundlage der deutschen Gesetzesänderung zur Kodifizierung des MarkenG fungierte die Richtlinie des Rates 89/104/EWG vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. EG Nr. L 40 vom 11.02.1989, S. 1) (MarkenRL) in seiner im Jahre 1992 durch Beschluss des Rates geänderten Fassung.¹⁰⁶ Die Regelung des § 8 Abs. 3 MarkenG beruht auf der bindenden Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 MarkenRL. Der MarkenRL kam die Aufgabe zu, die in den Mitgliedstaaten bestehenden Unterschiede des jeweils geltenden Markenrechts anzunähern, um hierdurch freien Warenverkehr und freien Dienstleistungsverkehr zu fördern sowie die Wettbewerbsbedingungen im gemeinsamen Markt anzugleichen. Dabei sollte sich die Angleichung auf diejenigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften beschränken, die sich am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirkten. Es oblag der Richtlinie, den Mitgliedstaaten das Recht zu belassen, die durch Benutzung erworbenen Marken weiterhin zu schützen; diese Marken fanden lediglich in ihrer Beziehung zu den durch Eintragung erworbenen Marken Berücksichtigung. Für den Bereich der Verkehrsdurchsetzung ist u. a. von Bedeutung, dass es den Mitgliedstaaten weiterhin freigestellt bleiben sollte, Verfahrensbestimmungen für die Eintragung, den Verfall oder die Ungültigkeit der durch Eintragung erworbenen Marken zu erlassen. Die Mitgliedstaaten sollten u. a. in ihrem Recht, Eintragungshindernisse oder Ungültigkeitsgründe beizubehalten oder einzuführen, die an die Bedingungen des Erwerbs oder der Aufrechterhaltung der Marke gebunden sind, nicht eingeschränkt werden. Die Verwirklichung der mit der Angleichung verfolgten Ziele setzte jedoch voraus, dass für den Erwerb und die Aufrechterhaltung einer eingetragenen Marke in allen Mitgliedstaaten grundsätzlich gleiche Bedingungen gelten. Im Übrigen war die vollständige Übereinstimmung der Vorschriften der Richtlinie mit denen der Pariser

¹⁰⁵ Ausführliche Bezeichnung: Gesetz zur Reform des Markenrechts und zur Umsetzung der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Marken (BGBl. I S. 3082).

¹⁰⁶ Die Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 (ABl. EG Nr. L 299 vom 08.11.2008, S. 25) ersetzt ohne Vornahme substantieller Änderungen den Inhalt dieser Richtlinie. Zum Inhalt des einschlägigen Artikels 3 der Richtlinie 2008/95/EG wird auf **Anhang I** verwiesen.

Verbandsübereinkunft sicherzustellen.¹⁰⁷ Die Neufassung der MarkenRL aus dem Jahre 2008 ergab diesbezüglich keine Änderungen.¹⁰⁸

Der abweichende Wortlaut von § 8 Abs. 3 MarkenG und Art. 3 Abs. 3 MarkenRL, der anstelle von Unterscheidungskraft („*Unterscheidungskraft erworben*“) die Verkehrsdurchsetzung („*im Verkehr [...] durchgesetzt*“) nennt, zeigt keine inhaltliche Auswirkung und entspricht dem früheren § 4 Abs. 3 WZG. Die Differenzierung war erforderlich, weil der in der MarkenRL verwendete Begriff der „*Unterscheidungskraft*“¹⁰⁹ in der deutschen Rechtssprache mit einem engeren Sinngehalt besetzt ist (vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Eine Verwendung dieses Begriffs im Rahmen des § 8 Abs. 3 MarkenG hätte den unzutreffenden Eindruck erwecken können, es reiche für die Überwindung aller Eintragungshindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG aus, wenn die Marke i.S.d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG bzw. Art. 3 Abs. 1 Buchstabe b MarkenRL unterscheidungsfähig sei.¹¹⁰ Die Unterschiede im Wortlaut sollen hingegen keine unterschiedliche Auslegung begründen. Aufgrund der sich aus der MarkenRL ergebenden Umsetzungspflicht für den deutschen Gesetzgeber darf auch die Exekutive und Judikative der Regelung keine andere Bedeutung beimessen, als es die MarkenRL vorsieht. Eine richtlinienkonforme Auslegung ist daher zwingend.¹¹¹

Obwohl die gemeinschaftsrechtlichen wie auch die nationalen Vorschriften über die Verkehrsdurchsetzung letztlich auf Art. 6^{quinquies} C I PVÜ beruhen, stimmen diese nicht gänzlich mit dem Artikel der Pariser Verbandsübereinkunft überein. Dieser schreibt lediglich allgemein vor, bei der Würdigung der Schutzfähigkeit einer Marke alle Tatumstände, insbesondere die Dauer des Gebrauchs der Marke, zu berücksichtigen. In welcher Form diese Würdigung bei den einzelnen Schutzhindernissen des Art. 6^{quinquies} B PVÜ zu erfolgen hat, regelt die PVÜ dagegen nicht. Es bleibt dem nationalen Recht vorbehalten, welche Bedeutung solchen Benutzungstatbeständen im Rahmen der einzelnen markenrechtlichen Verfahren beizumessen ist.

¹⁰⁷ Aus den Erwägungsgründen der Richtlinie des Rates 89/104/EWG vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. EG Nr. L 40 vom 11.02.1989, S. 1).

¹⁰⁸ Vgl. die Erwägungsgründe der Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 (ABl. EG Nr. L 299 vom 08.11.2008, S. 25).

¹⁰⁹ Der Begriff der „Unterscheidungskraft“ wird in der MarkenRL in unterschiedlichen Zusammenhängen verwendet. So ist die „Unterscheidungskraft“ in Art. 3 Abs. 1 Buchstabe a MarkenRL (Schutzhindernis i.S.d. deutschen Rechts), Art. 3 Abs. 3 MarkenRL (Umschreibung der Verkehrsdurchsetzung) und in Art. 10 Abs. 2 Buchstabe a MarkenRL (Benutzungstatbestand) normiert.

¹¹⁰ Vgl. Amtliche Begründung, BT-Drucksache 12/6581 S. 71, abrufbar über <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/12/065/1206581.pdf>.

¹¹¹ Vgl. Utz S. 102.

II. Anwendungsbereich

Dem Wortlaut des § 8 Abs. 3 MarkenG entsprechend ist die Verkehrsdurchsetzung grundsätzlich im Eintragungsverfahren zu prüfen, sofern es absolute Schutzhindernisse zu überwinden gilt. Hilfsweise oder/und erstmalig ist ihre Geltendmachung zudem auch im Beschwerdeverfahren möglich.¹¹² Gem. § 37 Abs. 2 MarkenG kann auch eine nachträgliche Prüfung maßgeblich sein, falls die Prüfung ergibt, dass das Schutzhindernis nach dem Anmeldetag weggefallen ist, vorausgesetzt der Anmelder erklärt sich damit einverstanden, dass der Tag, an dem das Schutzhindernis weggefallen ist, als maßgeblich gelten soll – und somit ungeachtet des ursprünglichen Anmeldetages und einer etwa nach § 34 MarkenG oder § 35 MarkenG in Anspruch genommenen Priorität. Die nachträgliche Verkehrsdurchsetzung einer entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG eingetragenen Marke stellt nach § 50 Abs. 2 S. 1 MarkenG zudem ein Löschungshindernis dar.¹¹³

Die Verkehrsdurchsetzung kann nur über die Eintragungshindernisse aus § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG hinweghelfen, die Tatbestände der Nr. 4-10 werden hierdurch jedoch nicht beeinflusst.¹¹⁴ Die Verkehrsdurchsetzung gilt im Übrigen lediglich als Indiz, ob überhaupt noch eine Täuschungsgefahr nach § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG anzunehmen ist, wenn eine Verkehrsdurchsetzung vorliegt.¹¹⁵ Fehlt es an der Markenfähigkeit i.S.d. § 3 MarkenG kann die Verkehrsdurchsetzung ebenso nicht zu einer Eintragung eines Zeichens führen.¹¹⁶

Als Vorstufe der Eintragung kann die Verkehrsdurchsetzung auch keine Relevanz für die Schutzfähigkeit von Zeichen besitzen, die ihren markenrechtlichen Schutz ohne

¹¹² Vgl. BPatG vom 10.08.2010, Az.: 33 W (pat) 31/06 – SPAR.

¹¹³ Vgl. BPatG GRUR 2007, 324, 327 – Kinder (schwarz-rot), bestätigt durch BGH GRUR 2009, 954 – Kinder III; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 455.

¹¹⁴ Vgl. BPatG vom 22.05.2010, Az.: 27 W (pat) 51/11, Nr. 53 – St. Petersburger Staatsballett.

¹¹⁵ Vgl. BPatG GRUR 1967, 489 f. – Atlanta-Extra für § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG (ehemals § 4 Abs. 2 Nr. 4 WZG), wonach § 4 Abs. 2 Nr. 4 WZG zwar in § 4 Abs. 3 WZG nicht erwähnt werde. Das sei auch folgerichtig, denn bei einem täuschenden Zeichen werde, auch wenn es sich durchgesetzt habe, vielfach noch ein nicht unbeträchtlicher Teil der Abnehmer verbleiben, der trotzdem der Gefahr einer Täuschung ausgesetzt sei. Daraus folge aber nicht umgekehrt, dass die Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens für die Prüfung der Täuschungsgefahr in jedem Fall bedeutungslos sei. Vielmehr sei es – wie im vorliegenden Fall – ausnahmsweise möglich, dass ein etwaiger Rest von ursprünglicher Täuschungsgefahr deshalb entfalle, weil infolge einer eindeutig nachgewiesenen Verkehrsdurchsetzung die zu prüfende Angabe bei den Abnehmern keine unrichtigen Vorstellungen mehr auslöse. In dem Urteil wird nicht die Verkehrsdurchsetzung per se für die Eintragungsfähigkeit genutzt, sondern dafür, ob die Täuschungsgefahr damit ausgeschlossen werden kann. Vgl. auch Busse/Starck § 4, Rn. 130.

¹¹⁶ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 458.

Eintragung erlangen (§§ 4 Nr. 2, 5 MarkenG).¹¹⁷ § 8 Abs. 3 MarkenG ist nur insofern analog auf die Entstehung des Markenschutzes über § 4 Nr. 2 MarkenG anwendbar, als der Maßstab für die Verkehrsgeltung verändert und dem der Verkehrsdurchsetzung anzugleichen ist.¹¹⁸

Da § 8 Abs. 3 MarkenG keinen selbstständigen Eintragungsgrund darstellt, liegt es nicht im Belieben des Anmelders oder des DPMA, auf eine vorangehende Prüfung des § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG zu verzichten.¹¹⁹ Das Vorliegen der Eintragungshindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG bildet eine zwingende Voraussetzung für die Anwendung von § 8 Abs. 3 MarkenG.¹²⁰

Im Widerspruchsverfahren ist die Berufung auf eine Verkehrsdurchsetzung in der Regel nicht möglich,¹²¹ es sei denn, die behauptete Verkehrsdurchsetzung ist bereits aktenkundig und bedarf keiner weiteren Ermittlungen,¹²² weil dies etwa bereits in einem den fraglichen Markenteil betreffenden Eintragungsverfahren förmlich festgestellt wurde¹²³.

IR-Marken unterliegen denselben Maßstäben wie inländische, auch Art. 6^{quienquies} C I PVÜ liefert diesbezüglich keine anderen Ergebnisse. Zwar stimmen Art. 6^{quienquies} C I PVÜ, § 8 Abs. 3 MarkenG und Art. 3 Abs. 3 MarkenRL nicht vollständig überein, da Ersterer für die Würdigung der Schutzfähigkeit einer Marke nur eine allgemeine Wertung aller Tatumstände, insbesondere der Gebrauchsdauer, erfordert. Die nationale Normierung jedoch konkretisiert diese allgemeine Formulierung und füllt sie aus.¹²⁴

¹¹⁷ Vgl. Ingerl/Rohnke § 8, Rn. 323; vgl. auch Fezer § 4, Rn. 98, § 8, Rn. 730, der die Verkehrsgeltung in einem solchen Fall als „Verkehrsdurchsetzung“ versteht.

¹¹⁸ Vgl. Ingerl/Rohnke § 4, Rn. 9; vgl. auch Fezer § 4, Rn. 98.

¹¹⁹ Vgl. BPatGE 48, 65, 68 f., Mitt. 2004, 572 – Deutsches Notarinstitut; BPatG vom 06.04.2005, Az.: 25 W (pat) 44/04, Nr. 16 ff. – KINDERNOTHILFE.

¹²⁰ Dieser Grundsatz wurde vom EuGH GRUR 2007, 234, 235, Nr. 21 – EUROPOLIS für die zugrundeliegende Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 MarkenRL (**Anhang I**) ausdrücklich hervorgehoben.

¹²¹ Vgl. BGH GRUR 1965, 183, 186 f. – derma; BPatG vom 18.02.2000, Az.: 33 W (pat) 187/99, Nr. 22 – Expo 2000.

¹²² Vgl. DPA BIPMZ 1959, 119 – Ingelheim.

¹²³ Vgl. BGH GRUR 1965, 183, 187 – derma.

¹²⁴ Vgl. EuGH GRUR 2003, 604, 609, Nr. 73-77 – Libertel; BGH GRUR 1991, 136 – NEW MAN; BPatG GRUR 1996, 492, 493 – Premiere II; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 449.

III. Primäre Voraussetzungen

1. Markenfähigkeit und grafische Darstellbarkeit

Der Erwerb der Verkehrsdurchsetzung setzt die Markenfähigkeit der Bezeichnung nach § 3 Abs. 1 MarkenG voraus. Das Fehlen der Markenfähigkeit nach § 3 Abs. 1 MarkenG kann nicht durch den Erwerb der Verkehrsdurchsetzung überwunden werden.¹²⁵ Dies ist regelmäßig unproblematisch, da von einem sehr weiten Markenbegriff auszugehen ist. Diese Frage besitzt daher nur bezüglich Tatbeständen nicht markenfähiger Formen i.S.v. § 3 Abs. 2 MarkenG Relevanz.¹²⁶ Von vornherein ausgeschlossen ist eine Verkehrsdurchsetzung bereits, wenn festgestellt werden kann, dass das betreffende Wort bzw. Zeichen schlechthin ungeeignet ist, beliebige Waren oder Dienstleistungen im Wettbewerb ihrer Herkunft nach zu individualisieren.¹²⁷

Da die grafische Darstellbarkeit i.S.v. § 8 Abs. 1 MarkenG das zentrale materiell-rechtliche Erfordernis der Markenfähigkeit von Registermarken ausmacht, kommt eine Verkehrsdurchsetzung nur bei hinreichend grafisch dargestellten Marken in Betracht.¹²⁸

2. Markenmäßige Benutzung

a) Grundsätzliches zur markenmäßigen Benutzung

Nach § 8 Abs. 3 MarkenG muss die Marke infolge ihrer Benutzung Verkehrsdurchsetzung erlangt haben. Eine anderweitig gewonnene, reine Bekanntheit reicht allein hingegen nicht aus und ist zudem unerheblich. Darüber hinaus muss die Benutzung („Benutzung der Marke als Marke“) markenmäßig sein, d. h. das betreffende Zeichen hat als betriebliches Unterscheidungsmittel zur Identifikation von Unternehmensprodukten des Markenanmelders im Marktwettbewerb zu dienen.¹²⁹ Dies bestimmt sich nach dem

¹²⁵ Vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 809, Nr. 32 ff– Philips/Remington; Stöckel/Schork S. 76.

¹²⁶ Vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 809, Nr. 75 – Philips/Remington; EuGH GRUR 2003, 514, 517, Nr. 44 – Linde, Winward u Rado; vgl. auch Ströbele/Hacker § 3, Rn. 75-119 bezüglich nicht markenfähiger Formen.

¹²⁷ Vgl. BPatG GRUR 2007, 324, 327 – Kinder (schwarz-rot); BPatG GRUR 1998, 572, 573 – Zahl 9000.

¹²⁸ Vgl. Ströbele/Hacker § 8, Rn. 458.

¹²⁹ Nach ständiger Rspr. des EuGH (vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 808, Nr. 64 – Philips/Remington oder EuGH GRUR 1999, 723, 727, 2. Leitsatz – Chiemsee) erfordert dies die Geeignetheit des Zeichens die Ware oder Dienstleistung als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Ware damit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Vgl. auch BGH

konkreten Produktbezug des Zeichens zu den Waren oder zu den Dienstleistungen der Anmeldung.¹³⁰

Die in Bezug auf die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen zu beurteilende Unterscheidungskraft einer Marke ist einheitlich festzustellen, d. h. auch die durch die Benutzung selbst hinzugewonnene Unterscheidungskraft ist zu berücksichtigen.¹³¹ Wird hingegen eine beschreibende Angabe nur als solche benutzt und vom Verkehr auch so verstanden, kann der Anmelder eine Verkehrsdurchsetzung jedenfalls nicht damit begründen, die Bekanntheit werde häufig mit seinen Produkten in Verbindung gebracht. Für Werbeaussagen gilt dies entsprechend, sofern die Herkunftsfunktion nicht im Vordergrund steht, sondern die Werbeaussagen vielmehr auf die Erzielung eines Werbeeffekts gerichtet sind, weshalb die Herkunftsfunktion offensichtlich nebensächlich erscheint.¹³² In einem solchen Fall ist die Höhe eines eventuellen Bekanntheits- bzw. Durchsetzungsgrades irrelevant.¹³³

Besonderes Augenmerk ist zudem darauf zu legen, dass zwischen der Bekanntheit einer Ware als solcher und der möglichen Herkunftsfunktion ihrer Form oder Benennung strikt zu trennen ist.¹³⁴ Jedoch kann von einem außerordentlichen Grad der Zuordnung eines Produkts zu einem bestimmten Hersteller auf die Bekanntheit der Warenform auch als Herkunftsnachweis geschlossen werden.^{135, 136} Dies gilt nach dem BGH selbst dann, wenn die der Formmarke entsprechende Ware nur verpackt vertrieben wird.¹³⁷ Erzielt die der Formmarke entsprechende Ware durch ihren Vertrieb jedoch lediglich einen hohen Umsatz, so lässt sich damit keine Aussage über den Herkunftshinweis treffen.¹³⁸ Bei Gestaltungselementen, die eine Ware ihrer Gattung nach

GRUR 2007, 280 – Pralinenform zur markenmäßigen Benutzung einer nur verpackt vertriebenen Pralinenform.

¹³⁰ Vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 808, Nr. 64 – Philips/Remington; Fezer WRP 2005, 1, 16; Pflüger GRUR 2004, 652, 655 f.

¹³¹ Vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 808, Nr. 65 – Philips/Remington

¹³² Vgl. EuGH GRUR 2004, 1027, 1028, Nr. 35 – DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT.

¹³³ Vgl. BPatG GRUR 1998, 51 – BGHZ; BPatG GRUR 2004, 685, 691 – LOTTO; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 461; Ingerl/Rohnke § 8, Rn. 326; Teplitzky WRP 1999, 461, 466.

¹³⁴ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 461.

¹³⁵ Vgl. BGH GRUR 2010, 138, 141, Nr. 34 – ROCHER-Kugel; BGH GRUR 2008, 510, 512, Nr. 25 – Milchschnitte; vgl. auch *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 462, der einen solchen Rückschluss anscheinend nur „im Einzelfall“ gelten lassen will. Es dürfte jedoch eher umgekehrt so sein, dass nur im Einzelfall ein solcher Rückschluss bei einem hohen Verkehrsdurchsetzungsgrad nicht zulässig ist.

¹³⁶ Vgl. LG Hamburg GRUR-RR 2013, 159, 161 f. – Capri-Sonne, welches im Kollisionsverfahren davon ausgeht, dass die die Marke verletzende Verpackungsform eine markenmäßige Benutzung aufweise, weil die neutrale Warenform in hohem Maße dem Markeninhaber zugeordnet würde.

¹³⁷ Vgl. BGH GRUR 2008, 510, 512, Nr. 25 – Milchschnitte.

¹³⁸ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 462.

beschreiben oder solchen Merkmalen ähnlich sind, liegt es nahe, dass der Verkehr diese Merkmale mit dem marktstärksten Anbieter in Verbindung bringt, ohne darin einen Herkunftshinweis zu verstehen.¹³⁹ Findet das angemeldete Zeichen lediglich im Rahmen einer zusammengesetzten Marke Benutzung, so ist dem Zeichenbestandteil eine eigenständige Benutzung nur dann zuzuschreiben, wenn der Verkehr in dem Zeichenbestandteil auch einen eigenständigen Herkunftsnachweis erkennt.¹⁴⁰

Die Zuordnung eines Zeichens zu einem bestimmten Unternehmen muss demzufolge kausal auf die Benutzung des Zeichens als Marke dieses Unternehmens zurückzuführen sein.¹⁴¹

b) Sonderfall Monopolunternehmen

Immer noch streitig ist die markenrechtliche Problematik, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen, welches Inhaber eines faktischen oder rechtlichen Monopols¹⁴² bezüglich der einschlägigen Waren oder Dienstleistungen war oder ist, an der von ihm im geschäftlichen Verkehr benutzten Produktmerkmalbezeichnung oder Produktform eine Verkehrsdurchsetzung erlangen kann. Abzugrenzen ist vorab jedoch zwischen einer Monopolstellung aufgrund fehlenden Wettbewerbs und einer durch im Wettbewerb erlangten Marktmacht. Die durch Wettbewerb erlangte Marktmacht ist nämlich in Bezug auf die Verkehrsdurchsetzung unproblematisch, da diese lediglich die andere Seite der gegebenenfalls durch hohe Umsatzzahlen und einen hohen Marktanteil erlangten Verkehrsdurchsetzung darstellt.¹⁴³ Die Verkehrsdurchsetzung bedingt quasi eine Marktmacht.

¹³⁹ Vgl. BGH GRUR 2011, 148, 151, Nr. 33 – Goldhase II; BGH GRUR 2006, 760, 762, Nr. 18 – LOTTO; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 462.

¹⁴⁰ Vgl. BGH GRUR 2012, 177 – Stofffähnchen II, der diesen Sachverhalt aber zur abschließenden Klärung als Frage zur europarechtskonforme Auslegung des Art. 15 Abs. 1 der Verordnung (EG) 40/94 dem EuGH vorlegte (anhängig EuGH, Az.: C-12/12).

¹⁴¹ Vgl. BGH GRUR 2010, 138, 141, Nr. 33 – ROCHER-Kugel; BGH GRUR 2009, 954, 956, Nr. 19 – Kinder III; BGH GRUR 2009, 669, 670, Nr. 18 – POST II; Jänich/Schrader WRP 2006, 656, 659 f.; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 460.

¹⁴² Ein rechtliches Monopol kann durch das Innehaben immaterialgüterrechtlicher Schutzrechte aber auch durch gesetzliche Monopolstellungen bestehen. In Folge der Privatisierung von staatlichen Monopolunternehmen (z.B. Deutsche Bundespost zu Deutsche Post AG und Deutsche Telekom AG oder die Bundesbahn zu Deutsche Bahn AG) ist diese markenrechtliche Problematik häufiger Gegenstand von Gerichtsentscheidungen gewesen. Nachdem die Privatisierung der Staatsbetriebe aber nunmehr einige Jahre zurück liegt, ist die Relevanz geringer einzuschätzen.

¹⁴³ Vgl. BPatG GRUR 2011, 68, 74 – Goldhase in neutraler Aufmachung; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 498.

aa) Frühere Rechtsprechung

Die frühere Rechtspraxis, deren Ausgangspunkt die „Nährbier“-Entscheidung¹⁴⁴ des BGH vom 30. Juni 1959 bildete, basierte auf der Argumentation, die beteiligten Verkehrskreise würden in einem Fall des rechtlichen oder tatsächlichen Monopols allein aufgrund der Alleinstellung oder des Alleinvertriebs auf die Herkunft der Ware schließen. Dagegen setze sich die Herkunftsfunktion des markenmäßig verwendeten Zeichens nicht ausschlaggebend durch. Ein zeichenrechtlich bedeutsamer Vorgang sei damit nicht zu attestieren, da ein solcher die kennzeichenmäßige Unterscheidung gegenüber möglichen gleichen oder ähnlichen Produkten anderer Hersteller voraussetze. Anderenfalls diene dies dem Schutz tatsächlicher oder rechtlicher Herstellungsmonopole, was dem Rechtsgedanken des Markenrechts aber zuwiderliefe.

Eine Herkunftsvorstellung, die aus der auf der Monopolstellung beruhenden Marktlage resultierte, verwandle sich nach dem Fortfall des Monopols nicht automatisch in ein unterscheidendes Herkunftskennzeichen. Denn selbst diejenigen Verkehrsteilnehmer, denen der Fortfall des Monopols bekannt wird, hätten nicht schon ohne Weiteres Anlass zu der Annahme, nur der bisherige Hersteller sei zur weiteren Verwendung der warenbeschreibenden Angabe befugt und an deren kennzeichenmäßiger Verwendung sei zu erkennen, die so bezeichnete Ware stamme aus einem bestimmten Betrieb.¹⁴⁵

Infolge dieser Rechtsansicht sprach die Markenrechtspraxis von einem Monopoleinwand gegenüber dem Erwerb von Verkehrsdurchsetzung, der lediglich dann zu überwinden sei, wenn innerhalb der beteiligten Verkehrskreise die Vorstellung hinzutreten würde, die Bezeichnung diene der kennzeichenmäßigen Unterscheidung gegenüber gleichartigen Erzeugnissen anderer Hersteller.¹⁴⁶ Bei der Erforschung der Verkehrsdurchsetzung sei daher bereits bei der Wahl der Befragung der beteiligten Verkehrskreise eindeutig für Klarheit darüber zu sorgen, ob die Wertung der Bezeichnung als Herkunftshinweis allein auf der Annahme eines Waren- oder Herstellungsmonopols beruht oder ob diese Wertung wesentlich von dem Bewusstsein mitbestimmt ist, dass die Bezeichnung der Unterscheidung möglicher gleicher Erzeugnisse anderer Hersteller dient.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Vgl. BGH GRUR 1960, 83 – Nährbier.

¹⁴⁵ Vgl. BGH GRUR 1968, 419, 423, 424 – feuerfest I

¹⁴⁶ Vgl. BGH GRUR 1960, 83, 1. Leitsatz – Nährbier

¹⁴⁷ Vgl. BGH GRUR 1960, 83, 86 – Nährbier

In der Rechtspraxis¹⁴⁸ wurde der Monopoleinwand so zu einem annähernd absoluten Eintragungshindernis ausgebaut, das kaum zu überwinden war.

bb) Vorgaben des EuGH

Diese – v. a. auf der Rechtslage des WZG beruhende – Rechtsprechung deutscher Gerichte war nach dem Inkrafttreten des auf der Markenrichtlinie beruhenden MarkenG sowie nach der „Philips“-Entscheidung¹⁴⁹ des EuGH nicht mehr aufrechtzuerhalten. Der EuGH stellte ausdrücklich fest, dass auch die Benutzung eines Monopolzeichens zur Anerkennung einer Verkehrsdurchsetzung führen kann, wenn infolgedessen ein wesentlicher Teil der betroffenen Verkehrskreise das Zeichen ausschließlich mit diesem Marktteilnehmer in Verbindung bringt oder annimmt, Waren mit diesem Zeichen stammten von diesem Marktteilnehmer. Die Monopolstellung des Markenanmelders darf nach der richtlinienkonformen Auslegung nicht zum rechtlichen Nachteil des Benutzers des Kennzeichens verwendet werden.¹⁵⁰ Es bleibt jedoch Angelegenheit der nationalen Gerichte, zu prüfen, ob die Umstände, unter denen das Zeichen als unterscheidungskräftig i.S. von Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 89/104/EWG gilt, durch konkrete und verlässliche Informationen belegt sind, ob berücksichtigt wird, wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher die in Rede stehende Kategorie von Waren oder Dienstleistungen wahrnimmt, und ob es auf der Benutzung der Marke als Marke¹⁵¹ beruht, dass die betroffenen Verkehrskreise die Ware als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen.¹⁵² Nach dem Rechtsgrundsatz des EuGH ist der Erwerb von Unterscheidungskraft nach den allgemeinen Beurteilungskriterien der „Chiemsee“-Entscheidung¹⁵³ unabhängig von einer etwaigen Monopolstellung des das schutzunfähige Zeichen benutzenden Unternehmens zu beurteilen.

Der der „Philips“-Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt bezieht sich auf einen Fall, bei dem die vermeintliche Verkehrsdurchsetzung während der Zeit eines im-

¹⁴⁸ Vgl. BGH GRUR 2005, 423, 426 – Staubsaugerfiltertüten; BGH GRUR 1968, 419, 423 – feuerfest I; BGH GRUR 1965, 146, 147 f. – Rippenstreckmetall II; BGH GRUR 1960, 83, 86 – Nährbier.

¹⁴⁹ Vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 809, Nr. 64 f. – Philips/Remington.

¹⁵⁰ Vgl. Fezer § 8, Rn. 732.

¹⁵¹ Vgl. zur Begrifflichkeit „Marke als Marke“ auch Kap. C.II.2

¹⁵² Vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 809, 3. Leitsatz, Nr. 65 – Philips/Remington; EuGH GRUR 2005, 763, 764, Nr. 26 – Nestlé/Mars.

¹⁵³ Vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 809, Nr. 60 – Philips/Remington; EuGH GRUR 1999, 723, 727, Nr. 51 – Chiemsee.

materialgüterrechtlich geschützten Produktmonopols erlangt worden war.¹⁵⁴ Der EuGH verlangt die Erfüllung der von ihm in Bezug auf die Monopolstellung des Zeicheninhabers herausgearbeiteten Kriterien in Verkehrsdurchsetzungsfällen mittlerweile jedoch generell.¹⁵⁵

Die Deutung dieser Rechtsprechung dahingehend, dass der durch das Monopol aufgebaute Marktanteil eines Unternehmens entgegen der bis dato herrschenden deutschen Rechtspraxis ein rechtserhebliches Indiz für die Kennzeichnungsfunktion einer Marke im Markt darstelle,¹⁵⁶ geht jedoch zu weit. Der EuGH führte aus, es sei nicht ausgeschlossen, dass auch bei einer Monopolstellung der Verkehr in einer Bezeichnung nunmehr einen betrieblichen Herkunftshinweis sehe. Eine Prüfung der konkreten Voraussetzungen erachtete der EuGH unter Hinweis auf die allgemeinen Beurteilungskriterien der „Chiemsee“-Entscheidung¹⁵⁷ jedoch keinesfalls für entbehrlich. Er postuliert einen unabhängig von einer Monopolstellung erhobenen Verkehrsdurchsetzungsnachweis, in dessen Rahmen besonders zu überprüfen ist, ob die Verkehrsdurchsetzung auf die Benutzung des Zeichens als Marke zurückgeführt werden kann. Dies ist nicht der Fall, wenn die beteiligten Verkehrskreise den Herkunftshinweis aus Umständen ableiten, die nicht im Zusammenhang mit der markenmäßigen Benutzung des Zeichens stehen, sondern das Zeichen nur deshalb einem bestimmten Hersteller zuordnen, weil sie in Kenntnis eines ehemals oder noch bestehenden Monopols davon ausgehen, lediglich dieser komme als Hersteller in Betracht. Eine solche gedankliche Assoziation zwischen dem Zeichen und dem Zeichenbenutzer kann selbst dann vorliegen, wenn eine besonders hohe Verkehrsbekanntheit gegeben ist.¹⁵⁸

cc) Umsetzung der EuGH-Vorgaben in der nationalen Rechtspraxis

Die erste höchstrichterliche Entscheidung, die sich nach den Vorgaben des EuGH mit der Behandlung des Monopoleinwands auseinandersetzte, war die „LOTTO“-Entscheidung¹⁵⁹ des BGH. Ihren Gegenstand bildete die Eintragungsfähigkeit der Wortmarke „LOTTO“ der Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks. Dabei

¹⁵⁴ Vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 808, Nr. 64 – Philips/Remington.

¹⁵⁵ Vgl. EuGH GRUR 2005, 763, 764, Nr. 26 – Nestlé/Mars; EuGH GRUR Int. 2006, 842, 845, Nr. 61 – Form eines Bonbons II.

¹⁵⁶ Vgl. Fezer WRP 2005, 1, 13.

¹⁵⁷ Vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 809, Nr. 60 – Philips/Remington; EuGH GRUR 1999, 723, 727, Nr. 51 – Chiemsee.

¹⁵⁸ Vgl. auch Risthaus WRP 2006, 1299, 1301 f.

¹⁵⁹ Vgl. BGH GRUR 2006, 760 – LOTTO (bestätigt die vorangehende Entscheidung BPatG GRUR 2004, 685 – LOTTO).

ging der BGH mit dem BPatG zunächst unter Beachtung der vom EuGH postulierten Grundsätze davon aus, dass die Monopolstellung des Zeicheninhabers die Kennzeichnungsfunktion eines Monopolzeichens nicht per se ausschließe.¹⁶⁰ Gleichwohl forderte der BGH eine sorgfältige Prüfung, die ausschließen müsse, dass die gedankliche Zuordnung der Bezeichnung „Lotto“ zu den Markeninhaberinnen allein aufgrund des Monopols erfolge. Das BPatG verlangte vorangehend – vom BGH nachfolgend auch nicht kritisiert – einen demoskopischen Nachweis nach äußerst strengen Anforderungen, u. a. im Hinblick auf die Verkehrsdurchsetzungswerte. So genügte es dem BPatG für den Nachweis der Benutzung als Marke nicht, wenn über 50 % oder gar 100 % der beteiligten Kreise das Zeichen seinem Inhaber zuordnen würden, denn aus diesen Zahlen ergebe sich noch nicht zuverlässig, dass sich damit bereits die Vorstellung verbinde, es handle sich bei dem Zeichen um eine Marke. Ferner sei naheliegend, dass der Verkehr den Gattungsbegriff mit dem einzigen Anbieter in Verbindung bringt, ohne darin gleichzeitig einen betrieblichen Herkunftshinweis im Sinne einer Marke zu erblicken. Das BPatG erachtete es daher als notwendig, die Personen, die das Zeichen zutreffend seinem Inhaber zurechneten, zu fragen: *„Können Sie sich vorstellen, dass „Lotto“ auch von anderen Veranstaltern angeboten wird? Oder müsste es dann anders heißen?“*¹⁶¹ Diese Frage sei zumindest in all jenen Fällen zu stellen, in denen der Anmelder eine Monopolstellung inne habe. Erst die Würdigung des Ergebnisses auch dieser Fragen werde ergeben, ob das prima facie als Marke ungeeignete Zeichen einen Bedeutungswandel zur Marke vollzogen habe.¹⁶²

Der BGH stellte klar, dass eine weite Verbreitung auf dem Markt sowie die Bekanntheit einer Ware oder Dienstleistung als solche von der Herkunftshinweisfunktion zu unterscheiden seien. Die demoskopische Fragestellung dürfe daher nicht von vornherein von einem herkunftshinweisenden Charakter eines Zeichens, z.B. einer Gestaltung ausgehen. Zum Tatbestand der Benutzung der Marke als Marke führte er weiter aus, die Benutzung müsse in einer Art und Weise geschehen, die dazu dient, dass die angespro-

¹⁶⁰ Vgl. BGH GRUR 2006, 760, 762, Nr. 18 – LOTTO; vgl. auch BGH GRUR 2009, 669, 670, Nr. 21 – POST II; BPatG MarkenR 2013, 234 – TOTO; Lange Rn. 1029.

¹⁶¹ Ähnlich BPatG MarkenR 2013, 234 – TOTO: *„Können Sie sich vorstellen, dass es (...) noch andere Konkurrenzunternehmen gibt, die die Bezeichnung „TOTO“ verwenden, oder erwarten Sie von Konkurrenzunternehmen eine andere Bezeichnung?“*.

¹⁶² Vgl. BPatG GRUR 2004, 685, 691 – LOTTO; kritisch hierzu Pflüger, GRUR 2004, 652, 657 sowie Pflüger Mitt. 2007, 259, 263 f. und sich dieser kritischen Sichtweise letztlich anschließend BPatG GRUR 2008, 420, 424 – ROCHER-Kugel.

chenen Verkehrskreise die Ware als von einem bestimmten Unternehmen stammend identifizieren.¹⁶³

Die „ROCHER-Kugel“-Entscheidung¹⁶⁴ des BPatG bestätigt diese Rechtspraxis im Hinblick auf die markenmäßige Benutzung grundsätzlich. Das BPatG weist aber ebenso darauf hin, dass die Ansätze des EuGH und des BGH nicht vollständig übereinstimmen. Die Qualifikation der Benutzung des fraglichen Zeichens als Marke im Sinne der Rechtsprechung des EuGH beruht im Wesentlichen auf einer rechtlichen Bewertung, wogegen der BGH dasselbe Problem auf der tatsächlich-demoskopischen Ebene gelöst sehen will. Bei der vom BGH vorgeschlagenen Lösung sieht das BPatG allerdings im Hinblick auf die demoskopische Machbarkeit erhebliche Schwierigkeiten. Davon abgesehen bestünden nach Auffassung des BPatG Bedenken gegen das Erfordernis einer Benutzung als Marke ebenso wie gegen das Erfordernis einer besonderen Klärung der Verkehrsauffassung zum Markencharakter eines Zeichens. Denn wurde der Verkehr dazu gebracht, das benutzte Zeichen in einem für die Anerkennung einer Verkehrsdurchsetzung an sich ausreichenden Maße mit dem das Zeichen benutzenden Unternehmen zu verknüpfen, dann erfülle das Zeichen auch die für das Bestehen einer Marke erforderliche Herkunftsfunktion. Dies wiederum impliziere zwingend, dass es auch als Marke benutzt worden ist, denn anderenfalls könne es nicht als Herkunftshinweis verstanden werden. Es wirke dann auf der anderen Seite nicht überzeugend, einem Zeichen, das vom Verkehr im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen in hohem Maße mit einem bestimmten Unternehmen verknüpft wird, die Anerkennung der Verkehrsdurchsetzung zu versagen, weil es nicht als Marke, d. h. als unterscheidendes Herkunftszeichen, benutzt worden ist.¹⁶⁵ Der BGH schloss sich dieser Rechtsauffassung im Ergebnis an.¹⁶⁶

In der „POST II“-Entscheidung¹⁶⁷ bestätigte der BGH hingegen grundsätzlich wieder seine vorbestehende Praxis und führte aus: Entsprechendes gelte auch dann, wenn

¹⁶³ Vgl. BGH GRUR 2007, 780, 784, Nr. 36 f. – Pralinenform.

¹⁶⁴ Vgl. BPatG GRUR 2008, 420 – ROCHER-Kugel.

¹⁶⁵ Vgl. BPatG GRUR 2008, 420, 424 – ROCHER-Kugel. Die spätere Entscheidung des BGH GRUR 2010, 138 – ROCHER-Kugel ging auf diese Ausführungen nur mittelbar ein und gab der Rechtsbeschwerde wegen der vom BPatG zu hoch angesetzten erforderlichen Verkehrsdurchsetzungswerte statt.

¹⁶⁶ Vgl. BGH GRUR 2010, 138 – ROCHER-Kugel, der zwar nicht von der Benutzung der Marke als Marke spricht, allerdings davon, dass das Zeichen als Herkunftshinweis aufgefasst wird, was dem gleichzusetzen ist wie das BPatG GRUR 2008, 420, 424 – ROCHER-Kugel zu Recht ausführte. Vgl. auch BGH GRUR 2008, 510, 512, Nr. 25 – Milchschnitte.

¹⁶⁷ Vgl. BGH GRUR 2009, 669, – Post II.

der Markeninhaber in der Vergangenheit über eine Monopolstellung verfügte, die die gegenwärtige Verkehrsauffassung nach wie vor beeinflusse. Der BGH kritisierte allerdings die vorangehende Entscheidung des BPatG¹⁶⁸, welches im Hinblick auf eine von Haus aus glatt beschreibende Gattungsbezeichnung wegen der teilweise noch bestehenden und im Übrigen noch nicht lange zurückliegenden Monopolstellung und der dadurch geprägten Verkehrsanschauung eine nahezu einhellige Verkehrsbekanntheit als Marke für erforderlich erachtete. Das BPatG habe die Anforderungen an das Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 MarkenG überspannt, indem es für die Verkehrsdurchsetzung einen Anteil von nahezu 85 % der Gesamtbevölkerung, die den Begriff „POST“ als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstehen, als nicht ausreichend erachtete.^{169, 170}

Die Rechtsprechung geht zusammenfassend somit weiter davon aus, die gedankliche Assoziation zwischen Marke und Markeninhaber einer auf einem Monopol beruhenden Bezeichnung erfolge dem ersten Anschein nach allein aufgrund des Monopols des Markeninhabers. Diesen Eindruck kann nur der Nachweis ausräumen, diese Verknüpfung beruhe zumindest auch auf der Benutzung der Marke als Marke. Während zunächst versucht wurde, diese Tatsache mittels demoskopischer Ermittlung und/oder hoher Verkehrsdurchsetzungswerte festzustellen, gehen das BPatG und auch der BGH¹⁷¹ dazu über, bei einem für die Anerkennung einer Verkehrsdurchsetzung an sich ausreichenden Zuordnungsgrad anzunehmen, diese Zuordnung sei auf die Benutzung der Marke als Marke zurückzuführen. Es kommt jedenfalls nicht darauf an, dass die beschreibende Bezeichnung gerade wegen ihrer ursprünglichen Verwendung im Rahmen eines ehemaligen Monopols für die Benutzung durch andere Unternehmen freizuhalten ist.¹⁷²

¹⁶⁸ Vgl. BPatG MarkenR 2007, 284 – Post.

¹⁶⁹ Vgl. BGH GRUR 2009, 669, 670 Nr. 18 f. – Post II.

¹⁷⁰ So auch BGH GRUR 2010, 138 – ROCHER-Kugel, das eine Verkehrsdurchsetzung bereits bei 62 % für gegeben erachtete und die vom BPatG gestellten Anforderung reduzierte.

¹⁷¹ Vgl. BGH GRUR 2010, 138 – ROCHER-Kugel; BGH GRUR 2008, 510, 512, Nr. 25 – Milchschnitte, worin zwar nicht von der Benutzung der Marke als Marke eingegangen wurde, allerdings darauf, dass das Zeichen vom Verkehr als Herkunftshinweis aufgefasst werde, was der Benutzung der Marke als Marke gleichzusetzen sei wie es das BPatG GRUR 2008, 420, 424 – ROCHER-Kugel zu Recht ausführte.

¹⁷² Vgl. BGH GRUR 2009, 672, 675, Nr. 26 – OSTSEE POST.

dd) Die Auseinandersetzung in der Literatur

Die meisten Autoren des Schrifttums gehen mit der auf den Rechtsgrundsätzen des EuGH aufbauenden, anfangs eingeschlagenen Linie des BGH konform. So legt Ströbele¹⁷³ dar, für die Feststellung einer Verkehrsdurchsetzung sei stets erforderlich, dass sich im Verkehr die Vorstellung eines markenmäßigen Einsatzes des fraglichen Zeichens zu entwickeln vermag. Eine Prüfung, ob der Verkehr eine Bezeichnung oder Darstellung lediglich wegen einer bestehenden Monopolsituation mit dem Markenanmelder in Verbindung bringe, ohne darin einen markenmäßigen Herkunftsnachweis zu sehen, sei unabdingbar. Unter Berufung auf eine Entscheidung des OLG Hamburg¹⁷⁴ kämen diesbezüglich bei staatlichen Monopolen Zweifel auf. Zu einer Benutzung der Marke als Marke sehe sich ein Unternehmen eben nicht veranlasst, wenn es eine Alleinstellung auf dem Markt aufgrund staatlichen Monopols einnehme.¹⁷⁵ Darüber hinaus fehle es bei einem staatlichen Monopol im Regelfall an einer wettbewerblichen Leistung, welche die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts rechtfertigte. Zudem widerspreche es dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung, wenn dem ehemaligen Monopolunternehmen durch die großzügige Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten die Möglichkeit eingeräumt werde, dem Zweck der Privatisierung zur Schaffung von mehr Wettbewerb entgegenzuwirken, indem Wettbewerbern der Marktzutritt erschwert wird. Als Ergebnis resultiere daraus, die Rechtsnachfolger von Monopolunternehmen können aufgrund von Verkehrsdurchsetzung keinen Zeichenschutz für an sich nicht unterscheidungsfähige oder freihaltebedürftige Zeichen erwerben, wenn diese zuvor bereits von den staatlichen Monopolunternehmen benutzt wurden. Für nach der Umwandlung in private Rechtsformen in Benutzung genommene Zeichen gelten die allgemeinen Grundsätze der Verkehrsdurchsetzung.¹⁷⁶

Kunz-Hallstein¹⁷⁷ geht im Hinblick auf das Wort „Post“ gar von einem umfassenden Eintragungsverbot aus, das auch nicht mittels Verkehrsdurchsetzung überwunden werden könne. Er beruft sich dabei auf die staatliche Verpflichtung, den Wettbewerb zu fördern und die sich aus Art. 87f GG ergebenden Interessen der Wettbewerber der Deutschen Post AG zu schützen. Bei anderweitigen Monopolen, die nicht im Bereich des

¹⁷³ Vgl. Ströbele/Hacker § 8, Rn. 494.

¹⁷⁴ Vgl. OLG Hamburg GRUR-RR 2005, 149, 151 – TNT Post Deutschland.

¹⁷⁵ Vgl. Jänich/Schrader WRP 2006, 656, 659, die sich gleichfalls auf die Entscheidung des OLG Hamburg GRUR-RR 2005, 149, 151 – TNT Post Deutschland beziehen.

¹⁷⁶ Vgl. Jänich/Schrader WRP 2006, 656, 659 f.

¹⁷⁷ Vgl. Kunz-Hallstein GRUR Int. 2004, 751.

Postwesens und der Telekommunikation bestanden und deshalb von Art. 87f GG umfasst sind, befürwortet er allerdings grundsätzlich eine Eintragungsmöglichkeit kraft Verkehrsdurchsetzung.

Auch Risthaus¹⁷⁸ erachtet eine sorgfältige Prüfung für notwendig, ob die gedankliche Assoziation des Verkehrs, die zwischen der beschreibenden Angabe und dem einzigen Anbieter besteht, auf der Markenfunktion des Begriffs oder allein auf der Alleinstellung des Anbieters beruht, und stimmt der „LOTTO“-Entscheidung des BGH zu. Im Übrigen sei der Grund für Assoziationen zwischen einem Zeichen und einer Zuordnung zu einem bestimmten Hersteller grundsätzlich bei jeder Verkehrsbefragung zu ermitteln. Da außerhalb der Verwendung von Gattungsbegriffen oder dreidimensionalen Gestaltungen durch einen Monopolisten die Zuordnung in der Regel auf der markenmäßigen Benutzung des Begriffs basiert, seien allerdings in diesen Konstellationen gesonderte Prüfungen entbehrlich, weil derartige fehlerhafte Verkehrsvorstellungen im Fehlertoleranzbereich der statistischen Auswertung liegen würden. Die Rechtsprechung stehe damit im Einklang mit der EuGH-Rechtsprechung.¹⁷⁹ Mit dem BPatG¹⁸⁰ geht Risthaus davon aus, eine Zusatzfrage sei erforderlich, um eine Zuordnung der Funktion und Benutzung der Bezeichnung „als Marke“ im Sinne der zitierten EuGH-Rechtsprechung überhaupt prüfen zu können.¹⁸¹ Offen bleibt allerdings die konkrete Ausgestaltung einer derartigen Zusatzfrage. Letztlich sollen aber auch normative Wertungen und Gesetzgebungstendenzen bei der Beurteilung der Frage eine Rolle spielen, ob die Verkehrsdurchsetzung für eine Benutzung der Marke als Marke gegeben ist.

Prüfer¹⁸² folgt grundsätzlich der Rechtsprechung des BPatG und des BGH: Die vom BPatG aufgestellte pauschale Hürde der einhelligen Verkehrsdurchsetzung, die bei Werten angesiedelt werde, welche Meinungsforscher für statistisch unrealistisch hielten, überzeuge jedoch nicht. Dem BPatG sei jedoch insofern zuzustimmen, als es das Kriterium der Benutzung der Marke als Marke für eine reine Rechtsfrage halte und insoweit als normative Korrektur von Verkehrsbefragungsergebnissen heranziehe. Würden die Fragen derart formuliert, dass der Befragte zu einer Reflexion gezwungen werde,¹⁸³ ob

¹⁷⁸ Vgl. Risthaus WRP 2006, 1299, 1300 f.

¹⁷⁹ Vgl. Risthaus WRP 2006, 1299, 1303.

¹⁸⁰ Vgl. BPatG GRUR 2004, 685, 691 – LOTTO.

¹⁸¹ Vgl. Risthaus WRP 2006, 1299, 1304.

¹⁸² Vgl. Prüfer GRUR 2008, 103 ff.

¹⁸³ Wie eine solche Befragung aber konkret ausschauen könnte, bleibt Prüfer schuldig. Allerdings sollte die Antwortalternative „gar kein Hinweis auf irgendein Unternehmen“ im Fragebogen des DPMA ausreichen, um eine solche Reflexion herbeizuführen. Eine darüber hinausgehende Befragung ist we-

das jeweilige Zeichen für ihn Sachangabe oder Unternehmenshinweis sei, könne das Kriterium in zukünftigen Fällen an Bedeutung verlieren.¹⁸⁴ Das Markenrecht sei flexibel genug, um auch in dem Sonderfall eines früheren Monopols zu billigen Ergebnissen zu gelangen. Hier könne eine ökonomisch orientierte Auslegung des § 8 Abs. 3 MarkenG dazu beitragen, Fragen klarer zu formulieren und die so gewonnenen Ergebnisse anhand einheitlicher Kriterien zu bewerten.¹⁸⁵

Heftige Kritik erfuhr die deutsche Rechtspraxis dagegen von Fezer¹⁸⁶, der das Erfordernis einer nahezu einhelligen Verkehrsdurchsetzung mit einem Monopoleinwand durch die Hintertür verglich.¹⁸⁷ Mit der Rechtsprechung des EuGH wäre es demnach nicht vereinbar und damit markengesetzlich unzulässig, würde der Markenschutz wegen der empirischen Schwierigkeiten, einen exakten Verkehrsdurchsetzungsgrad zu ermitteln, in kompetitiven auf der einen und monopolistischen Marktstrukturen auf der anderen Seite nicht gleichwertig beurteilt. Der markenmäßige Zuordnungsgrad des Zeichens eines Monopolisten dürfe nicht an einen erhöhten prozentualen Durchsetzungsgrad gebunden sein. Ein solcher „*prozentualer Monopoleinwand*“ sei mit der Rechtsprechung des EuGH unvereinbar und damit nicht richtlinienkonform.¹⁸⁸ Außerdem stelle eine Benutzung der Marke als Marke auf dem Markt nicht nur die Benutzung eines Warenzeichens im wirtschaftlichen Wettbewerb dar, sondern jede Benutzung im Wirtschaftsverkehr und damit auch die Benutzung des Herkunftszeichens durch ein am Wirtschaftsverkehr teilnehmendes Monopolunternehmen, unabhängig vom Bestehen einer Wettbewerbssituation.¹⁸⁹ Deshalb sei es unerheblich, ob die Kennzeichnungskraft einer Marke bereits von Anfang an bestehe oder erst nachträglich aufgrund von Verkehrsdurchsetzung erworben wurde. Risthaus hält er entgegen, dessen Rechtsauffassung führe dazu, den Marktanteil eines marktstarken Monopolunternehmens als wesentliches rechtserhebliches Beurteilungskriterium zur Feststellung der Verkehrsdurchsetzung belanglos zu machen.¹⁹⁰ Fezer erkennt, dass eine Differenzierung nicht den tatsächlichen Verbrauchervorstellungen entspreche und nach den wissenschaftlichen Grundsätzen der

der sinnvoll noch erforderlich, vgl. auch Pflüger GRUR 2006, 818, 821 f.; Pflüger Mitt. 2007, 259, 263 f.

¹⁸⁴ Vgl. Prüfer GRUR 2008, 103, 109.

¹⁸⁵ Vgl. Prüfer GRUR 2008, 103, 110.

¹⁸⁶ Vgl. Fezer WRP 2005, 1; Fezer § 8, Rn. 731 ff.

¹⁸⁷ Vgl. Fezer WRP 2005, 1, 19; Fezer § 8, Rn. 742.

¹⁸⁸ Vgl. Fezer WRP 2005, 1, 20.

¹⁸⁹ Vgl. Fezer § 8, Rn. 735.

¹⁹⁰ Vgl. Fezer § 8, Rn. 737.

Demoskopie nicht präzise abfragbar sei.¹⁹¹ Ein Verkehrsverständnis derart aufzufassen, bei einem Monopolunternehmen verstehe der Verbraucher die Benutzung des Zeichens nicht als Marke im Sinne eines betrieblichen Herkunftsnachweises, widerspreche jedem Erfahrungswert sowie der demoskopischen Rechtsforschung. Eine solche Differenzierung verstoße gegen die von der Rechtsprechung des EuGH geforderte Gleichbehandlung des Markenschutzes in kompetitiven und monopolistischen Marktstrukturen.

Levin¹⁹² erachtet die Benutzung der Marke als Marke als belegt, wenn der Verkehr das Zeichen nachweislich als Marke auffasst. Die Art und Weise, wie der Verkehr zu seiner Auffassung kommt, sei hierbei nicht von Bedeutung.¹⁹³

Auch Pflüger¹⁹⁴ erkennt die demoskopische Problematik und sieht in der Einführung von Zusatzfragen im demoskopischen Gutachten, die entsprechend der „Lotto“-Entscheidung¹⁹⁵ des BPatG eine Benutzung der Marke als Marke belegen sollen, eine Wiedereinführung des Monopoleinwands durch die demoskopische Hintertür¹⁹⁶, da damit nur fragetechnische Hürden aufgebaut würden, die weder erforderlich noch sinnvoll erscheinen. Einer Monopol-Marke dürfe die Eintragung nicht versagt werden, weil ein Verkehrsdurchsetzungsnachweis nur deshalb nicht erbracht werden könne, da aufgrund der tatsächlichen Marktlage nur ein Unternehmen als Anbieter der infrage stehenden Produkte bekannt sei. Das frühere Monopol als solches könne dem später daraus hervorgegangenen Markeninhaber nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn er die Marke nach dem Wegfall des Monopols zulässigerweise weiterhin benutzt. Pflüger schließt sich damit dem OLG Dresden¹⁹⁷ an, welches zu Recht aus der faktischen Monopolstellung keine Folgerungen für die rechtliche Beurteilung gezogen habe, weil es sich bei der maßgeblichen Verkehrsgeltung um einen vom Willen der Beteiligten unabhängigen faktischen Zustand handle. Dementsprechend komme es auf die Gründe der Verkehrsgeltung nicht an.¹⁹⁸

¹⁹¹ Vgl. Fezer § 8, Rn. 746.

¹⁹² Vgl. Levin S. 66 ff., insbesondere S. 70 f.

¹⁹³ In diesem Sinne auch Dobel S. 148 f.

¹⁹⁴ Vgl. Pflüger GRUR 2006, 818, 821 f.; Pflüger Mitt. 2007, 259, 263 f.

¹⁹⁵ Vgl. BPatG GRUR 2004, 685 – LOTTO.

¹⁹⁶ Vgl. Fezer § 8, Rn. 746 „demoskopischer Monopoleinwand“.

¹⁹⁷ Vgl. OLG Dresden GRUR-RR 2002, 257, 258 – Halberstädter Würstchen.

¹⁹⁸ Insofern nicht ganz richtig, da die Zuordnung eines Zeichens zu einem bestimmten Unternehmen sehr wohl kausal auf die Benutzung des Zeichens als Marke dieses Unternehmens zurückzuführen sein muss (vgl. Kap. C.III.5.)). Allerdings wird dies durch einen hohen Kennzeichnungs- bzw. Zuordnungsgrad indiziert.

ee) Kritik

Ausgangspunkt einer rechtskonformen Lösung muss sicherlich die vom EuGH postulierte richtlinienkonforme Auslegung bilden, wonach die Monopolstellung des Markenmelders nicht zum rechtlichen Nachteil des Benutzers des Kennzeichens verwendet werden darf.¹⁹⁹ Allenfalls kann ein Beleg in Form von konkreten und verlässlichen Informationen dafür verlangt werden, ob es auf der Benutzung der Marke als Marke beruht, dass die betroffenen Verkehrskreise die Ware als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen.²⁰⁰

Eine rechtliche Benachteiligung des (ehemaligen) Monopolisten aufgrund seiner (ehemaligen) Monopolstellung darf demnach nicht bestehen. Dies bedeutet, dass eine Differenzierung und Benachteiligung weder direkt noch indirekt davon abhängig gemacht werden darf, ob die Kennzeichnungskraft des Zeichens aus der Stellung des Unternehmens als Monopolist oder durch das Auftreten des Zeichens im Wettbewerb gegenüber anderen Mitbewerbern errungen wurde.

Insofern liegen Rechtsprechung²⁰¹ und ein Teil der Literatur²⁰² falsch, wenn sie annehmen, ein Monopol-Zeichen sei prima facie ein als Marke ungeeignetes Zeichen, das zunächst einen Bedeutungswandel zur Marke vollzogen haben müsse, und ein solcher Bedeutungswandel sei pauschal anzuzweifeln. Gewiss führt ein hoher Bekanntheitsgrad des Zeichens nicht zu der Annahme, das Zeichen hätte eine markenmäßige Benutzung durchlaufen. Allerdings könnte ein pauschaler Zweifel nur begründet werden, wenn eine markenmäßige Benutzung eines Monopol-Zeichens grundsätzlich ausgeschlossen wäre. Jedoch sind die Anforderungen an die Benutzung der Marke als Marke im Verkehr unabhängig vom Bestehen einer Wettbewerbssituation und allein auf die Eignung der Marke bezogen, den beteiligten Verkehrskreisen aufgrund der Benutzung der Marke im Markt die Ware als von einem bestimmten Unternehmen stammend erscheinen zu lassen. Eine Zeichenbenutzung, die zu einer derartigen Verkehrsauffassung führt, ist selbst dann als markenmäßig zu betrachten, wenn es sich bei dem Zeichenbenutzer um einen Monopolisten handelt. Anderenfalls würde der Verkehr das Zeichen auch nicht als ein unternehmenshinweisendes Unterscheidungsmittel wahrnehmen. Demzufolge wäre es

¹⁹⁹ Vgl. Fezer § 8, Rn. 732.

²⁰⁰ Vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 809, 3. Leitsatz, Nr. 65 – Philips/Remington; EuGH GRUR 2005, 763, 764, Nr. 26 – Nestlé/Mars.

²⁰¹ Vgl. BPatG GRUR 2004, 685, 691 – LOTTO; OLG Hamburg GRUR-RR 2005, 149, 151 – TNT Post Deutschland.

²⁰² Vgl. Jänich/Schrader WRP 2006, 656, 659; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 493 ff.

widersinnig, dem Zeichen die Voraussetzung der Benutzung der Marke als Marke abzusprechen, wenn gleichzeitig belegt wurde, dass der Verkehr das Zeichen in einem für die Anerkennung einer Verkehrsdurchsetzung an sich ausreichenden Maße mit dem benutzenden Unternehmen verbindet.²⁰³ Ein ausreichend hoher Kennzeichnungs- bzw. Zuordnungsgrad impliziert daher die Benutzung der Marke als Marke.²⁰⁴ Die Unterstellung, die beteiligten Verkehrskreise fassten hingegen bei einem Monopolunternehmen die Benutzung des Zeichens per se nicht als Marke im Sinne eines betrieblichen Herkunftshinweises auf, entbehrt indessen jeglicher demoskopischer Grundlage und sonstiger Erfahrungswerte.

Gesteht der EuGH den nationalen Gerichten zu, vom Markenanmelder konkrete und verlässliche Informationen zu fordern, die nachweisen, es beruhe auf der Benutzung der Marke als Marke, dass die betroffenen Verkehrskreise die Ware als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen, so ist davon auszugehen, dass diesem ein solcher Nachweis auch grundsätzlich möglich sein muss. Die deutsche Rechtspraxis ging zum Teil von dieser Möglichkeit aus und forderte ein demoskopisches Gutachten, welches die Benutzung der Marke als Marke bei der Fragestellung berücksichtigen sollte.^{205, 206} Es existieren jedoch Fragestellungen, die durch repräsentative Umfrageforschung grundsätzlich nicht gültig beantwortet werden können, sondern nur durch die psychologische Motivforschung. Hierzu zählt auch die Konstellation, bei der eine Marke aufgrund eines staatlichen oder aus rechtlichen Gründen bestehenden Monopols eine Verkehrsbekanntheit erlangte und diese Bekanntheit nutzt, um ein Zeichen als Marke eintragen zu lassen. Dann ist repräsentativ nicht ermittelbar, ob und in welchem Umfang die Marke gegenwärtig nur deshalb als Unternehmenskennzeichnung angesehen wird, weil sie aufgrund einer früheren Monopolstellung des Zeicheninhabers mit dem Markenanmelder in Verbindung gebracht wird oder zugleich ein davon unabhängiger markenmäßiger Herkunftshinweis besteht. Eine Differenzierung danach, ob die Verkehrsauffassung auf den Erfolg des Marktauftritts nach Beendigung des Monopolzustands

²⁰³ A.A. Utz S. 155 ff; Utz fordert zusätzliche Nachweise, die die Grundlage der Zuordnung nachweisen, etwa Nachweise über die Entwicklung des Kennzeichnungsgrades über Jahre hinweg. Er führt hierzu den Leistungsschutzgedanken an, der bedeutet, dass die Verkehrsdurchsetzung auf einer Leistung des Anmelders beruhen müsste. Der Leistungsschutzgedanke darf jedoch nicht derart im Vordergrund stehen, dass er besondere Voraussetzungen an die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung von Monopolzeichen ergibt, da es sich dann nur um eine andere Umschreibung eines Monopoleinwands handeln würde und gegen die EuGH-Vorgaben verstieße.

²⁰⁴ Vgl. auch BPatG GRUR 2008, 420, 424 – ROCHER-Kugel.

²⁰⁵ Vgl. BPatG GRUR 2004, 685 – LOTTO.

²⁰⁶ „Demoskopischer Monopoleinwand“.

zurückgeht, ist den Verbrauchern nicht bewusst und wäre auch bei einer Befragung nicht ermittelbar. Keine adäquate Problemlösung stellte es deshalb zudem dar, nur auf diejenigen Befragten abzustellen, welche die Bezeichnung erst nach dem Ende der Monopolzeit kennengelernt haben. Denn der Schluss, bei allen anderen Befragten resultierte die korrekte Zuordnung des Zeichens zu einem bzw. dem Unternehmen nur aus der früheren Monopolstellung, wäre nicht gerechtfertigt. Auch stieße man an die Grenzen des demoskopisch Erfassbaren, da eine solche Verkehrsbekanntheit kaum abzugrenzen ist. Würde man demnach weiterhin auf einem dahingehenden demoskopischen Nachweis bestehen, so verlangte man dem Markenanmelder mehr ab, als demoskopisch möglich erscheint, was wiederum mit der Rechtsprechung des EuGH unvereinbar ist.

Ob sich ein aus einem Monopol hervorgegangenes Zeichen lediglich einer hohen Verkehrsbekanntheit rühmen kann oder tatsächlich ein darüber hinausgehender hoher Kennzeichnungs- bzw. Zuordnungsgrad vorliegt und damit eine Benutzung der Marke als Marke indiziert ist, kann mit dem üblichen Verfahren bei einem demoskopischen Verkehrsdurchsetzungsgutachten nachgewiesen werden.²⁰⁷ Sollte das Zeichen nämlich lediglich eine hohe Verkehrsbekanntheit aufweisen, so würde eine Mehrheit der Befragten bei der Frage nach dem Kennzeichnungsgrad mit „gar kein Hinweis auf irgendein Unternehmen“ antworten und die Markeneigenschaft wäre entsprechend zu verneinen.

Ein durch die Erhöhung des erforderlichen Durchsetzungsgrades verursachtes prozentuales Eintragungserschweren²⁰⁸ scheint mit der Rechtsprechung des EuGH ebenfalls nicht vereinbar, da es das vom EuGH postulierte Verbot einer auf der Monopolstellung des Markenanmelders basierenden Ungleichbehandlung verletzen würde. Vielmehr ist es auch hier bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze für die demoskopische Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung zu belassen.²⁰⁹

²⁰⁷ A.A. BPatG MarkenR 2013, 234, 240 – TOTO, wonach die Annahme spekulativ und unrealistisch wäre, dass alle 36,8 % der Befragten, die vor der Zusatzfrage (s.o.) den Kennzeichnungsgrad bestimmt haben, das Zeichen markenmäßig verstehen und es nicht allein wegen der Monopolstellung mit bestimmten Unternehmen verbinden.

²⁰⁸ „Prozentualer Monopoleinwand“.

²⁰⁹ Anders ist die Angelegenheit dann zu bewerten, wenn die Monopolstellung aus einem zu Unrecht erteilten Ausschließlichkeitsrecht oder einer anderweitig rechtswidrig erlangten Alleinstellung hervorging. In einem solchen Fall ist die Anmeldung nach § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG zurückzuweisen, da die Markenmeldung in der Absicht erfolgt, eine kennzeichenrechtliche Gleichgewichtslage bei Namensgleichen in unzulässiger Weise zu verändern und die formale Rechtsstellung als Inhaber eines Monopolrechts zum Zweck einer markenrechtlich nicht gerechtfertigten Behinderung Dritter einzusetzen will. Vgl. im Hinblick auf eine Marke, die auf Grund einer zu Unrecht angenommenen Verkehrsdurchsetzung Monopolstellung erlangt hat *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 497.

Nicht gänzlich unbeachtet bleiben kann jedoch die daraus resultierende Problematik, dass durch die Markeneintragung eines Zeichens, welches seine Verkehrsdurchsetzung durch eine Monopolstellung erlangte, Wettbewerber nach dem Wegfall des Monopols durch die Ausschließlichkeitsrechte an der Marke vom Wettbewerb ausgeschlossen werden könnten. Es ist zuzugestehen, dass der damit verbundene Schutz von Monopolen dem Rechtsgedanken des Markenrechts und dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung²¹⁰ zuwiderliefe. Bei sachgerechter Anwendung des Markenrechts besitzen derartig erworbene Markenrechte für die Monopolisten jedoch nur einen eingeschränkten Wert, da ihnen lediglich ein geringer Schutzzumfang beizumessen ist.²¹¹ So verfügen Dritte etwa über das Recht, einen für den Monopolisten in Alleinstellung als Marke eingetragenen Gattungsbegriff zu nutzen, wenn die Bezeichnung als Hinweis auf die Branchenzugehörigkeit und den Tätigkeitsbereich aufgefasst wird und mindestens ein weiterer Bestandteil in der Gesamtbezeichnung enthalten ist, der für sich genommen Unterscheidungskraft aufweist. Außerdem ist auf § 23 Nr. 2 MarkenG hinzuweisen, wonach allen Wirtschaftsteilnehmern die Möglichkeit erhalten bleiben muss, für ihre Produkte beschreibende Angaben zu benutzen, auch wenn diese als Marke eingetragen sind. Die Markenverletzung bedeutet nicht zwangsläufig die Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten i.S. von § 23 Nr. 2 MarkenG.²¹² Vielmehr ist in die Abwägung auch der Umstand einzubeziehen, die Markeninhaberin eine Verkehrsdurchsetzung der Marke vor dem Wegfall der Monopolstellung erreichen konnte.²¹³

Zusammengefasst ergibt sich Folgendes:

- Eine rechtliche Benachteiligung jeglicher Form aufgrund der Monopolstellung des Markeninhabers ist nicht mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar. Dies beinhaltet auch das Verbot, an das demoskopische Gutachten und die erforderlichen prozentualen Durchsetzungswerte besonders hohe Anforderungen zu stellen.

²¹⁰ Vgl. Jänich/Schrader WRP 2006, 656, 659.

²¹¹ Vgl. BPatG Mitt. 2008, 363 – TPG Post Deutschland/POST; BPatG vom 18.10.2007, Az.: 26 W (pat) 310/03 – LA POSTE/POST; Berlit GRUR-Prax 2010, 529.

²¹² Vgl. OLG Köln GRUR-RR 2012, 336 – SUPERTOTO.

²¹³ Vgl. BGH GRUR 2009, 678 – POST/RegioPost; BGH MMR 2009, 503 – POST/Turbo P.O.S.T.; BGH GRUR 2009, 672 – POST/OP OSTSEE-POST; BGH GRUR 2008, 798 – POST.

- Eine Benutzung der Marke als Marke ist wettbewerbsunabhängig zu betrachten und bereits durch einen Verkehrsdurchsetzungsgrad indiziert, der auch im Allgemeinen zur Anerkennung einer Verkehrsdurchsetzung ausreichen würde.²¹⁴
- Andererseits müssen der Schutzzumfang eingeschränkt werden und die Belange der Mitbewerber in ausreichendem Maße Berücksichtigung finden.

3. Konkreter Bezug zur angemeldeten Marke

a) Grundsatz

Die Verkehrsdurchsetzung muss für die konkret angemeldete Marke nachweisbar sein. Wurde z. B. lediglich ein grafisch oder farbig ausgestaltetes Wort im Verkehr benutzt und ist dieses dementsprechend nur in seinem konkreten Erscheinungsbild bekannt, kann daraus nicht die Durchsetzung des bloßen Wortes an sich abgeleitet werden.²¹⁵

Die Verkehrsdurchsetzung von Marken für bestimmte Waren oder Dienstleistungen erlaubt nicht die Schlussfolgerung, für andere Waren und Dienstleistungen wurde eine Durchsetzung erreicht. Daher ist mit dem Wortlaut des Gesetzes für sämtliche Waren oder Dienstleistungen, für die die Marke eingetragen werden soll, ein Durchsetzungsnachweis zu erbringen.²¹⁶ Ein Rückschluss von einer mit einem gesteigerten Kennzeichnungsgrad für bestimmte Waren oder Dienstleistungen ausgestatteten Marke auf andere Waren oder Dienstleistungen im näheren Waren- oder Dienstleistungsähnlichkeitsbereich ist nicht gestattet.²¹⁷ Nur bei besonders nahestehenden Waren-/Dienstleistungsgruppen ist ein solcher Bezug in Ausnahmefällen zulässig.²¹⁸ Der nachzuweisende sehr enge Bezug einer Ware oder Dienstleistung zu der bestimmten Ware oder Dienstleistung, für die ein gesteigerter Bekanntheitsgrad besteht, wird in der Regel ausschließen, die Marke für weite Oberbegriffe bzw. breite Waren- und Dienstleistungsgruppen in das Register einzutragen. Insoweit ist eine Beschränkung auf die ein-

²¹⁴ So auch Levin S. 70 f.

²¹⁵ Vgl. BGH GRUR 2007, 1071, 1073, Nr. 29 – Kinder II.

²¹⁶ Vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 808, Nr. 59 – Philips/Remington; BGH GRUR 2001, 1042, 1043 – REICH UND SCHOEN; BPatG GRUR 1998, 57, 58 – Nicht immer, aber immer öfter.

²¹⁷ Vgl. BPatG GRUR 1996, 490, 491 – PREMIERE I (insoweit bestätigt durch BGH BIPMZ 1999, 256 – Premiere I; BPatG GRUR 1996, 494, 495 – PREMIERE III; BPatG Mitt. 1982, 178, 179 – Quelle; Berlit WRP 2002, 636, 637; Ingerl/Rohnke § 8, Rn. 327; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 484.

²¹⁸ Vgl. DPA Mitt. 1989, 56, 57 – UNIVERSAL.

zelenen Waren oder Dienstleistungen geboten, für die eine entsprechende Benutzung und Verkehrsdurchsetzung dokumentiert werden kann.²¹⁹

b) Markenkombinationen

Problematisch gestaltet sich dieser Gesichtspunkt bei kombinierten Marken. Nach der Überprüfung, ob eine Eintragung des mehrteiligen Zeichens nicht allein deshalb in Betracht kommt, weil § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG zumindest einen der Zeichenbestandteile nicht von der Eintragung ausschließt, ist streng darauf zu achten, ob sich eine etwaige Verkehrsdurchsetzung auf die gesamten Elemente der Marke bezieht oder nur auf Bestandteile derselben.²²⁰ In diesen Fällen wäre nur dann von einer Verkehrsdurchsetzung auszugehen, wenn infolge dieser Benutzung die angesprochenen Verkehrskreise die durch die einzutragende Marke gekennzeichnete Ware oder Dienstleistung tatsächlich als von einem bestimmten Unternehmen stammend wahrnehmen. Die Durchsetzung einer Kombination mit mehreren Zeichenbestandteilen lässt den Schluss auf die Eintragungsfähigkeit eines dieser Bestandteile ebensowenig zwangsläufig zu wie die Durchsetzung eines Zeichenbestandteils bezüglich der diesen Bestandteil enthaltenden Zeichenkombination.

c) Durchgesetzte Markenkombination

Hat sich eine Markenkombination durchgesetzt, rechtfertigt dies nicht ohne Weiteres die Eintragung eines ihrer Bestandteile.²²¹ Ein solcher Bestandteil kann allerdings ebenfalls als durchgesetzt gelten, wenn er einen eigenständigen betrieblichen Herkunftsnachweis erbringt²²² und innerhalb der Kombinationsmarke bezüglich des Gesamteindrucks eindeutig prägend²²³ wirkt, während die übrigen Elemente der Kombination eine solche Funktion nicht aufweisen.²²⁴ Bei Wort-Bild-Marken ist regelmäßig an-

²¹⁹ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 485.

²²⁰ Vgl. EuGH GRUR 2005, 763, 764, Nr. 27-30 – Nestlé/Mars

²²¹ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 464

²²² Vgl. BGH GRUR 1970, 75, 77 – Streifenmuster; BGH GRUR 2008, 710, 713 – VISAGE; EuGH GRUR Int. 2006, 842, 846, Nr. 74 f. – Form eines Bonbons II (in Bestätigung von EuG GRUR Int. 2005, 322, 325, Nr. 61-67 – Bonbonform).

²²³ Etwa bei Wort-Bild-Marken, wenn sie durch das Wort als der einfachsten Benennungsform gekennzeichnet sind. Anders zu werten, wenn gerade die bildliche Darstellung die Kennzeichnungskraft ausmacht.

²²⁴ Vgl. BGH GRUR 2004, 683, 685 – Farbige Arzneimittelkapsel; BPatG vom 08.05.2007, Az.: 33 W (pat) 128/05, Nr. 38 – Kaufland; BPatG GRUR 2005, 337, 342 – VISAGE (insofern bestätigt durch den BGH GRUR 2008, 710, 711 f. – VISAGE).

zunehmen, dass das Wort eine solche Verbindung als einfachste Benennungsform kennzeichnet.²²⁵ Außerdem gilt, dass Form und Farbe eine höhere Kennzeichnungskraft als anderen beischmückenden Gestaltungsmerkmalen zukommt.²²⁶

Insofern sind Kombinationsbestandteile einer von der Markenkombination abgeleiteten Verkehrsdurchsetzung bereits entzogen, wenn sie keinen rechtlich relevanten Bezug zu der angemeldeten Kombination haben und es sich um völlig unabhängige allgemeine Sachangaben, Ausstattungsmerkmale usw. handelt.²²⁷ Prägend können Elemente einer Kombination lediglich sein, wenn Sie für die beteiligten Verkehrskreise eine nachvollziehbare Verbindung aufweisen, etwa durch die räumliche Nähe, begriffliche Verknüpfungen oder ein emblemartiges Gesamtgebilde.²²⁸

Ein eigenständiger Herkunftshinweis der angemeldeten Marke ist nur anzunehmen, wenn die zusätzlichen Elemente der Markenkombination keine eigenständige kennzeichnende Bedeutung aufweisen.²²⁹

Kann keine eindeutige Aussage darüber getroffen werde, inwieweit ein Bestandteil einer Markenkombination prägend ist, ist dies auch im Rahmen einer auf die Markenkombination gerichteten demoskopischen Untersuchung nicht ohne Weiteres feststellbar. Vielmehr ist die Verkehrsdurchsetzung des angemeldeten Zeichenbestandteils grundsätzlich nur durch eine auf Zeichenbestandteile selbst bezogene demoskopische Verkehrsbefragung zu ermitteln.^{230, 231} Würde ein Markenbestandteil im Verletzungsfall als selbstständig kollisionsbegründend wirken oder wären Hinzufügungen unter dem Gesichtspunkt der abgewandelten Benutzung gem. § 26 Abs. 3 MarkenG anzuerkennen,

²²⁵ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 468.

²²⁶ Vgl. BGH GRUR 2011, 148, 150, Nr. 23 – Goldhase II, wonach rotes Bändchen und aufgemaltes Gesicht keine annähernd vergleichbare Kennzeichnungskraft gegenüber Form und Farbe aufweisen, wobei hier sogar an der herkunftshinweisenden Funktion zu zweifeln ist, vgl. Nr. 25.

²²⁷ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 465.

²²⁸ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 466.

²²⁹ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 468.

²³⁰ Vgl. BGH GRUR 1970, 75, 77 – Streifenmuster; BGH GRUR 2008, 710, 712 f., Nr. 29, 39 – VISA-GE; BPatG GRUR 2005, 337, 340, 3. Leitsatz – VISAGE; so führte das BPatG in seiner Entscheidung aus, dass ein demoskopisches Gutachten den Nachweis dafür erbringen soll, dass eine nicht unterscheidungskräftige beschreibende Angabe, die nur in Kombination mit einer kennzeichnungskräftigen bekannten Marke benutzt wird, sich als eigene Marke, d.h. als ein auch in Alleinstellung auf ein bestimmtes Unternehmen hinweisendes Zeichen durchgesetzt hat.

²³¹ Zur Problematik einer geeigneten Feststellung in Fällen, in denen nicht die tatsächlich benutzte Kombination, sondern nur ein Bestandteil angemeldet und auf seine Durchsetzung hin untersucht werden soll und dahingehend zu verfremden ist, vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 556.

ist dies für die Beurteilung der Eintragungsfähigkeit einer Marke nicht zwangsläufig von entscheidender Bedeutung.²³²

Strittig ist jedoch, ob die Eintragung eines Markenbestandteils bei gleichzeitiger Durchsetzung der Markenkombination eine positive Feststellung dahingehend erfordert, dass eine isolierte Benutzung tatsächlich beabsichtigt war und nicht nur eine Begleitererscheinung darstellt.²³³ Auch wenn diese Problematik nicht anders zu bewerten ist als im Rahmen einer gewöhnlichen Marken Anmeldung, besitzt dies bei der Eintragung von Markenbestandteilen aufgrund verkehrsdurchgesetzter Markenkombinationen dennoch eine besondere Relevanz, da die markenmäßige Benutzungsabsicht von Markenbestandteilen häufiger als sonst infrage steht.

Die Rechtsprechung hält eine solche Benutzungsabsicht zwar grundsätzlich für erforderlich, ihre rechtliche Einordnung ist jedoch klärungsbedürftig. Die ältere Rechtsprechung führte neben dem Hinweis auf § 1 WZG, dessen Wortlaut für eine Einordnung als subjektives Merkmal der Zeichenfähigkeit sprechen könnte, aus, bei mangelndem Benutzungswillen fehle das Rechtsschutzbedürfnis für die Anmeldung,²³⁴ was eine prozessuale Verankerung nahelegt. Die Classe-E-Entscheidung²³⁵ des BGH nennt eine allgemeine Schutzvoraussetzung für das Entstehen des Markenrechts und geht somit offenbar von einer materiell-rechtlichen Qualität des Erfordernisses aus, das – ähnlich wie unter § 1 WZG – als subjektives Merkmal bei der Frage der Markenfähigkeit zu prüfen ist. Dem BPatG²³⁶ erscheint dies nach der neuen Gesetzeslage nicht unproblematisch, da die MarkenRL bei der abschließenden Festlegung der Kriterien der Markenfähigkeit in Art. 2 MarkenRL keinen Hinweis auf einen solchen Benutzungswillen gibt. Insoweit sei es vorzugswürdig, die Frage des Benutzungswillens unter dem Gesichtspunkt der bösgläubigen Anmeldung nach § 8 Abs. 2 Nr. 10 i.V.m. § 50 Abs. 1 MarkenG zu prüfen.²³⁷

Fezer hält die Begründung mit dem Wortlaut der MarkenRL für nicht stichhaltig. Er stellt darauf ab, die Markenfunktionalität der Benutzung nach der MarkenRL stelle ein allgemeines Beurteilungskriterium einer rechtserheblichen Benutzung eines Zeichens

²³² Vgl. BPatG GRUR 2003, 521, 529 – Farbige Arzneimittelkapsel (bestätigt durch BGH GRUR 2004, 683, 685 – Farbige Arzneimittelkapsel).

²³³ Vgl. BGH GRUR 1988, 820, 821 – Oil of..., „einem zeichenrechtlich relevanten Benutzungswillen“.

²³⁴ Vgl. BGH GRUR 1988, 820, 821 – Oil of...; BGH GRUR 1964, 454 – Palmolive.

²³⁵ Vgl. BGH GRUR 2001, 242, 242 Nr. 36 – Classe E.

²³⁶ Vgl. BPatG GRUR 2007, 324, 325 f. – Kinder (schwarz-rot).

²³⁷ Vgl. BGH GRUR 2009, 954, 955, Nr. 7 – Kinder III.

dar. Das Fehlen des Benutzungswillens sei als Fallkonstellation, bei der die Markenfähigkeit fehlt, zu behandeln und im Eintragungsverfahren zu berücksichtigen.²³⁸

Da es in der Praxis schwer falle, eine grundsätzlich zu vermutende Benutzungsabsicht fundiert abzulehnen,²³⁹ bevorzugen Ingerl/Rohnke²⁴⁰ hingegen, einen Schutz gegen Missbrauchsfälle über die Tatbestände der §§ 26, 49 Abs. 1 MarkenG herzuleiten, wonach bei Nichtbenutzung eine anspruchshindernde Einwendung geltend gemacht werden könne oder gar ein Löschungsantrag begründbar ist.

Beizupflichten ist dem BPatG in dem Punkt, dass die MarkenRL den Benutzungswillen als Voraussetzung für eine Markenfähigkeit nicht vorsieht. Auch dogmatisch erscheint dies richtig, da eine subjektive Absicht nicht als objektives Kriterium zur Beurteilung der Markenfähigkeit einer Marke gelten kann. Stattdessen sollte bei der Eintragung ausschließlich ein Benutzungswille Relevanz besitzen, und zwar als Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG, wenn dieser offenkundig fehlt und dies zudem problemlos festgestellt werden kann, etwa bei sog. Spekulationsmarken. Im Falle einer Anmeldung eines Markenbestandteils einer durchgesetzten Markenkombination ist dies allerdings kaum vorstellbar. Anderenfalls sollte es Mitbewerbern aber sowohl nach § 8 Abs. 2 Nr. 10 i.V.m. § 50 Abs. 1 MarkenG als auch nach §§ 26, 49 Abs. 1 MarkenG möglich sein, gegen die Marke vorzugehen bzw. Ansprüche des Markeninhabers zurückzuweisen, wenn der Nachweis des fehlenden Benutzungswillens erbracht wird. Der Grund hierfür liegt, wie bereits erwähnt, in der Annahme eines solchen Benutzungswillens, was wiederum dogmatisch zu berücksichtigen ist.

d) Durchgesetzter Markenbestandteil

Umgekehrt kann von der Durchsetzung eines Bestandteils nicht ohne Weiteres auf eine Durchsetzung der Markenkombination geschlossen werden.²⁴¹ Dennoch steht die

²³⁸ Vgl. Fezer § 3, Rn. 228 f.

²³⁹ Da es sich um subjektive Vorgänge handelt, ist nur in Ausnahmefällen von einer fehlenden Benutzungsabsicht auszugehen, etwa bei sog. Spekulationsmarken (vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 539 ff.), bei einer entsprechenden Erklärung der Anmelderin (vgl. BGH GRUR 1964, 454 – Palmolive) oder wenn das Zeichen nach seinem Gebrauchszweck objektiv ungeeignet ist, als Herkunftskennzeichen für Waren der Zeicheninhabern zu dienen (vgl. BGH GRUR 1973, 523 – Fleischer-Fachgeschäft). Eine dahingehende Vermutung kann durch das Gesamtverhalten des Markeninhabers widerlegt werden (vgl. BGH GRUR 2001, 242, 244 f – Classe E; OLG München WRP 1997, 116, 117 f. – Deutsche Telekom).

²⁴⁰ Vgl. Ingerl/Rohnke § 3, Rn. 13, § 8 Rn. 328.

²⁴¹ Genauso wenig darf von einem Eintragungshindernis hinsichtlich eines oder mehrerer Zeichenbestandteile auf ein etwaiges Eintragungshindernis der gesamten Zeichenkombination geschlossen wer-

Benutzung nur eines Teils der kombinierten Marke der Annahme einer Verkehrsdurchsetzung der Kombination nicht von vornherein entgegen.²⁴² Das durchgesetzte Element der Gesamtmarke muss der Markenkombination die erforderliche Unterscheidungskraft verleihen, um einen beschreibenden Charakter auszuschließen.²⁴³ Die soeben zur durchgesetzten Markenkombination ausgeführten Grundsätze gelten entsprechend. Es ist zwingend notwendig, dass der Bestandteil innerhalb der Markenkombination unübersehbar als Herkunftszeichen hervortritt, wobei die Grundsätze für die Eintragung von Marken mit schutzfähigen und schutzunfähigen Teilen heranzuziehen sind.²⁴⁴ An einer solchen Wirkung fehlt es beispielsweise, wenn dem durchgesetzten Markenbestandteil im Rahmen der Kombination eine andere Wertigkeit oder Bedeutung zukommt.²⁴⁵ Der Grundsatz, wonach ein aus zwei schutzunfähigen Bestandteilen zusammengesetztes Zeichen in der Regel dann schutzfähig ist, wenn sich ein Bestandteil im Verkehr durchgesetzt hat, beruht auf der Annahme, der Verkehr erkenne auch im Nebeneinander eines verkehrsbekannten Elements mit einem weiteren schutzunfähigen Bestandteil regelmäßig den Herkunftshinweis.²⁴⁶ Hingegen ist es nicht möglich, die Durchsetzung eines einzelnen Wortes zugunsten einer Wortkombination heranzuziehen, wenn dieses sich mit dem weiteren Bestandteil zu einem neuen Gesamtbegriff verbindet, den das angesprochene Publikum auch nur als solchen und eben nicht als Kombination eines durchgesetzten Herkunftshinweises mit einer beschreibenden Angabe auffasst.²⁴⁷

den. Vielmehr kann die Eintragung in diesem Fall nur versagt werden, wenn es gerade auch in der Gesamtheit des angemeldeten Zeichens die Voraussetzungen eines Schutzhindernisses erfüllt sind. Etwas anderes gilt im Hinblick auf die herkunftshinweisende Funktion. Diese kann sich lediglich aus einem Bestandteil der Zeichenkombination ergeben, vgl. BGH GRUR 2011, 65, 66, 68, Nr. 10, Nr. 24 – Buchstabe T mit Strich.

²⁴² Vgl. EuGH GRUR 2005, 763, 764, Nr. 27-30 – Nestlé/Mars; Bender MarkenR 2006, 11, 17.

²⁴³ Missverständlich insofern Ingerl/Rohnke § 8, Rn. 325 f., wonach die Durchsetzung eines Bestandteils für die Eintragungsfähigkeit der Kombination ausreicht, sofern der Zeichenteil nicht als solcher isoliert Verkehrsdurchsetzung erlangt hat und dadurch in Alleinstellung eintragbar wird. Es bleibt an dieser Stelle unerwähnt, dass dies nur den Regelfall darstellt. Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 470; *Feyer/Fink*, Nationales Markeneintragungsverfahren DPMA, Rn. 323.

²⁴⁴ Vgl. BGH GRUR 2009, 954, Nr. 22 – Kinder III (in Bestätigung von BPatG GRUR 2007, 324, 327 – Kinder (schwarz-rot)); BGH GRUR 1983, 243, 245 – BEKA Robusta; BPatG vom 11.02.2010, Az.: 26 W(pat) 06/09 – freenet iPhone; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 471.

²⁴⁵ Vgl. BPatG vom 24.09.2003, Az.: 29 W (pat) 115/03, Nr. 31 – XtraClever; BPatG Mitt. 2004, 316 – XtraEasy; BPatG vom 23.04.2007, Az.: 26 W(pat) 69/04 – Christkindles Glühwein.

²⁴⁶ Vgl. BPatG vom 24.09.2003, Az.: 29 W (pat) 115/03, Nr. 31 – XtraClever; BPatG Mitt. 2004, 316 – XtraEasy.

²⁴⁷ Vgl. BPatG vom 22.02.2007, Az.: 25 W (pat) 167/04, Nr. 38 – GIGABYTE TECHNOLOGY; BPatG vom 24.09.2003, Az.: 29 W (pat) 115/03 – XtraClever; BPatG Mitt. 2004, 316 – XtraEasy.

Verfahrensrechtlich folgt daraus, dass der Behauptung des Anmelders nachzugehen ist, die anderweitig festgestellte Durchsetzung des Markenbestandteils habe zur Durchsetzung der angemeldeten Marke geführt.²⁴⁸

e) Sonderfall Farbmarke

Bei abstrakten Farbmarken muss das angemeldete Zeichen dem benutzten Zeichen entsprechen. Sind die beiden Farbzeichen unterschiedlich, so hat dies zur Folge, dass das beim DPMA hinterlegte und damit maßgebliche Zeichen nicht benutzt wurde. Dem Zeichen wäre auf Grund der fehlenden Benutzung der Schutz aus § 8 Abs. 3 MarkenG zu versagen. Da allein schon wegen der wandelnden Lichtverhältnisse nie eine komplett identische Farbwiedergabe erreichbar sein wird, ist die benutzte Farbe unter branchenüblichen äußeren Bedingungen durch einen Durchschnittsverbraucher mit durchschnittlicher Sehfähigkeit und Aufmerksamkeit mit dem eingetragenen bzw. angemeldeten Zeichen zu vergleichen.²⁴⁹ Abweichungen sind zu tolerieren, sofern sie für das menschliche Auge nur mit einer überaus sorgfältigen visuellen Prüfung wahrnehmbar wären.²⁵⁰ Es kann auch es sein, dass die Farbmarke sich durch Zeitablauf einer Veränderung unterzieht, etwa durch Abnutzung oder Sonneneinstrahlung. Diese unvermeidlichen Einflüsse sind außer Acht zu lassen, da dies nicht dem Anmelder zur Last zu legen ist. Es muss für den Nachweis einer Benutzung ausreichend sein, wenn der durch die Anmeldung benannte Farbskalenwert und damit definierte Farbton ursprünglich, also beim ersten Auftritt der Marke im Verkehr, verwendet wurde.²⁵¹

4. Zeichenbenutzung durch den Anmelder

§ 4 Abs. 3 WZG ging ausdrücklich davon aus, das angemeldete Zeichen müsse sich als Kennzeichen der Waren des Anmelders durchgesetzt haben. Im Wortlaut des § 8 Abs. 3 MarkenG findet sich jedoch kein Hinweis auf ein solches Erfordernis. Dennoch ist dies für die Eintragung der Marke nicht zuletzt zum Schutze dessen, der die Verkehrsdurchsetzung aufgrund eigener Leistung erzielte, unabdingbar.²⁵² Entsprechend

²⁴⁸ Vgl. BPatGE 26, 96, 99 – BEKA Robusta II.

²⁴⁹ Vgl. Ströbele/Hacker § 26, Rn. 158.

²⁵⁰ Ähnlich Ströbele/Hacker § 26, Rn. 158.

²⁵¹ Vgl. Ströbele/Hacker § 26, Rn. 160.

²⁵² Vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 808, Nr. 65 – Philips/Remington; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 487.

fällt auch die stetige Rechtsprechung in Kollisionsverfahren aus.²⁵³ Infolgedessen genügt es nicht, wenn die beteiligten Verkehrskreise die Kennzeichnung einer Konzerngesellschaft des Anmelders zuordnen, etwa weil nur eine Vertriebsgesellschaft mit der markenmäßigen Benutzung des Kennzeichens am Markt auftritt. Bei einer berechtigten Benutzung durch ein Konzernunternehmen werden die Rechte an der Durchsetzung allerdings regelmäßig dem Anmelder zuzurechnen sein.²⁵⁴ Problematisch gestaltet sich diese Prüfungspraxis jedoch, wenn mehrere Unternehmen das schutzunfähige Zeichen benutzt haben und somit nicht nachvollziehbar ist, welchem der Unternehmen das betreffende Zeichen zuzuordnen ist. Eine Eintragung für eines der Unternehmen ist in einem solchen Fall ausgeschlossen.²⁵⁵

Eine andere Ansicht²⁵⁶ erachtet die Prüfungspflicht des DPMA und somit auch die Nachweispflicht des Anmelders hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob hinter der Durchsetzung der Marke auch tatsächlich die Benutzung des Zeichens durch den Anmelder stehe, als systemfremd sowie im höchsten Maße unpraktikabel. Das registerrechtliche Eintragungsverfahren sei bewusst einfach gehalten, da eine weitergehende Prüfung die ohnehin schon überlasteten Stellen bis zur Arbeitsunfähigkeit überfordern würde. Darüber hinaus entspräche es geltender Prüfungspraxis, Zeichenanmeldungen auch dann einzutragen, wenn die Marke Rechte Dritter an dieser Bezeichnung verletze. Insofern sei die Berechtigung lediglich eine Besitzstandsfrage, die eine bösgläubige Anmeldung nicht verhindere. Das System des gewerblichen Rechtsschutzes biete dem Verletzten hierfür ausreichend Rechtsschutz.

Beide Ansichten stützen sich auf nachvollziehbare Argumente, sodass ein Mittelweg vorzuziehen ist. Dem DPMA ist es oftmals gar nicht möglich, die für die Zeichenbenutzung verantwortliche und zur Anmeldung berechtigte Person tatsächlich zu identifizieren. Zum einen handelt es sich bei den Anmeldern überwiegend um Großkonzerne, deren gesellschaftsrechtliche Struktur kaum zu durchdringen ist. Zum anderen treten aber auch häufig internationale Konzerne auf, deren Berechtigungsprüfung eine Prüfung des Gesellschaftsrechts aller beteiligten Staaten erfordert. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die aufgrund einer Verkehrsdurchsetzung eingetragenen Zeichen nicht anders zu beurteilen sind als Zeichen, denen die Eintragungshindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1-3

²⁵³ Vgl. BGH GRUR 2003, 1040, 1043 – Kinder; BGH GRUR 2004, 514, 516 – Telekom.

²⁵⁴ Vgl. v. *Schultz* § 8, Rn. 234.

²⁵⁵ Vgl. BGH GRUR 1995, 697, 700 – FUNNY PAPER.

²⁵⁶ Vgl. Schade/Hellebrand GRUR 1989, 388, 398.

MarkenG nicht entgegenstehen. Bei diesen Zeichen ist es nicht möglich, zu prüfen, wem das Zeichen zusteht und wer es im Markt eventuell schon benutzt hat, daher sollte gem. § 37 Abs. 3 MarkenG lediglich in Hinblick auf § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG eine Offensichtlichkeitsprüfung durchgeführt werden. Bei verkehrsdurchgesetzten Zeichen handelt es sich ohnehin zumeist um Zeichen, deren Benutzer dem Prüfer zumindest nicht gänzlich unbekannt sind. Stellt der Prüfer schließlich fest, dass die Anmeldung nicht durch dasjenige Unternehmen erfolgte, welches das Zeichen tatsächlich benutzt, ist die Eintragung nach § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG zurückzuweisen. Für alle anderen Fälle kann sich der Benutzer oder ein etwaiger Mitbewerber über § 8 Abs. 2 Nr. 10 i.V.m. § 50 Abs. 1 MarkenG zur Wehr setzen.

Hat der Anmelder einem Dritten ausdrücklich die Benutzung erlaubt, ist § 26 Abs. 2 MarkenG für die Erlangung des Markenrechtsschutzes entsprechend anwendbar, wonach die autorisierte Drittbenutzung die Rechte des Markeninhabers aufrechterhält. Eine Durchsetzung zugunsten des Markenanmelders ist ebenso für Fälle anzunehmen, in denen der Verkehr die Marke mit wirtschaftlich eng verbundenen Unternehmen des Anmelders (etwa Mutter- und Tochterunternehmen) assoziiert.²⁵⁷ Eine satzungsgemäße Nutzung einer Kollektivmarke durch ein Verbandsmitglied kann allerdings nicht dem Verband bei der Anmeldung einer zusätzlichen Individualmarke zugerechnet werden.²⁵⁸

Entsprechend der freien Übertragbarkeit kennzeichenrechtlicher Rechtspositionen besteht eine weitere Ausnahme für den Rechtsnachfolger, der sich die markenmäßige Benutzung des Rechtsvorgängers beim Nachweis der Verkehrsdurchsetzung zurechnen lassen kann.²⁵⁹ Demzufolge geht der Markenschutz einer nach § 8 Abs. 3 MarkenG eingetragenen Marke auch bei einer Übertragung nach § 27 MarkenG oder Lizenzierung gem. § 30 MarkenG nicht verloren.

5. Verkehrsdurchsetzung in den beteiligten Verkehrskreisen

Die Marke muss sich nach § 8 Abs. 3 MarkenG in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt haben. In Kapitel D.I.8. erfolgt hierzu eine ausführlichere Darstellung.

²⁵⁷ Vgl. BGH GRUR 2008, 505, 509, Nr. 30 – TUC-Salzcracker; BPatG GRUR 2013, 394, 396 – Spielwarenmesse; Markenanmeldungsrichtlinie IV Nr. 5.17 **Anhang II**; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 491.

²⁵⁸ Vgl. BPatG vom 25.03.2009, Az.: 27 W(pat) 4/09 – BKK Salzgitter; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 489.

²⁵⁹ Vgl. Schade/Hellebrand GRUR 1989, 388, 398.

D. Die Erheblichkeit von Verkehrsgutachten nach den Vorgaben des EuGH

I. Die Vorgaben des EuGH nach der Chiemsee-Entscheidung

In der deutschen Rechtspraxis war für die Feststellung einer Verkehrsdurchsetzung zunächst nahezu ausschließlich das Verkehrsgutachten entscheidungserheblich und die Durchführung und Vorlage eines solchen zumeist erforderlich. Die Chiemsee-²⁶⁰, Lloyd-²⁶¹ und Chevy-Entscheidungen²⁶² stellten diese Praxis jedoch auf den Prüfstand.

Der EuGH machte das Erfordernis einer Bekanntheitsschwelle deutlich. Der Schutz nach Art. 5 Abs. 2 MarkenRL setze voraus, die betreffende Marke sei einem „*bedeuten- den Teil des Publikums*“ bekannt. Den maßgeblichen Verkehrskreis bildeten dabei jene (wohl Letzt-)Abnehmer, die von dieser Marke „*betroffen*“ seien. Allerdings erteilte der Gerichtshof einem rein quantitativen Ansatz eine ausdrückliche Absage, schließlich lasse sich der erforderliche Bekanntheitsgrad nicht durch einen bestimmten Prozentsatz festlegen. Zu berücksichtigen seien vielmehr alle relevanten Umstände des Einzelfalls. Dazu zählt der EuGH insbesondere den Marktanteil der Marke, die Intensität, die geografische Ausdehnung, die Dauer ihrer Benutzung sowie den Umfang der zu ihrer Förderung getätigten Investitionen. Damit sieht der EuGH in empirischen Erhebungen zur Durchsetzung eines Zeichens als Herkunftsnachweis nur einen möglichen Weg der Beweisführung, dem andere jedoch gleichzusetzen sind. Allenfalls wenn die zuständige Behörde bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft der Marke, deren Eintragung beantragt wurde, auf besondere Schwierigkeiten stößt, kann es auch nach dem Gemeinschaftsrecht gerechtfertigt erscheinen, diese Frage nach Maßgabe nationalen Rechts durch eine Verbraucherbefragung zu klären.²⁶³ Die Prüfung, ob das Vorliegen der Verkehrsdurchsetzungsvoraussetzungen durch konkrete und verlässliche Informationen bereits belegt wurde oder ob eine besondere Schwierigkeit besteht, obliegt den nationa-

²⁶⁰ Vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727, Nr. 53 – Chiemsee.

²⁶¹ Vgl. EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736, Nr. 28 – Lloyd in Bezug auf die Ermittlung der Kennzeichnungskraft im Verletzungsverfahren nach Art. 5 Abs. 2 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. 12. 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken..

²⁶² Vgl. EuGH GRUR Int. 2000, 73, 75, Nr. 27 – Chevy ebenfalls in Bezug auf den Bekanntheitswert im Verletzungsverfahren nach Art. 5 Abs. 2 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. 12. 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken.

²⁶³ Vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727, Nr. 53 – Chiemsee; EuGH GRUR Int. 1998, 795, 797, Nr. 37 – Gut Springheide.

len Stellen, wobei eine Gesamtschau sämtlicher relevanter Gesichtspunkte geboten ist.²⁶⁴

Auch wenn diese Vorgaben in der nationalen Rechtsprechung Berücksichtigung finden²⁶⁵, ermöglichen demoskopische Meinungsbefragungen tatsächlich den einfachsten und sichersten Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung, weshalb sie zumindest bei komplexen Sachverhalten²⁶⁶ weiterhin als Regelfall einer Ermittlung der Verbrauchereinschätzung in Betracht zu ziehen sind.²⁶⁷ Dies gelte besonders für das registermäßig ausgestaltete Markeneintragungsverfahren, da bei einem solchen Verfahren nur wenig Raum für sonstige Beweiserhebungen bleibe.²⁶⁸ Nur in Ausnahmefällen, in denen der Anmelder alle relevanten Tatsachen erschöpfend vorgetragen und nachgewiesen hat, wird von einem solchen Erfordernis abgesehen.²⁶⁹ Das DPMA hat einen solchen Ausnahmefall im Markeneintragungsverfahren jedoch noch nie angenommen, sofern es sich bei dem betroffenen Verkehrskreis auch um Endverbraucher handelte.

Unabdingbar ist eine Verkehrsbefragung bei Zeichen, deren Durchsetzung naturgemäß nicht allein durch Umsatzzahlen, den Marktanteil der Marke, die Intensität, die geografische Ausdehnung, die Dauer ihrer Benutzung sowie den Umfang der zu ihrer Förderung getätigten Investitionen nachgewiesen werden kann. Eine solche Konstellation ist etwa bei Marken anzunehmen, die ihrer Natur nach²⁷⁰ oder aus sonstigen Grün-

²⁶⁴ Vgl. BPatG GRUR 2007, 593, 595 – Ristorante.

²⁶⁵ Vgl. BGH GRUR 2004, 331 – Westie-Kopf; BPatG GRUR 2007, 593 – Ristorante; BPatG vom 17.07.2007, Az.: 33 W (pat) 123/04 – Warburger Bank.

²⁶⁶ Etwa bei Kombinationsmarken, vgl. BGH GRUR 2008, 710, 712 f., Nr. 29, 39 – VISAGE.

²⁶⁷ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 526.

²⁶⁸ Vgl. BPatG GRUR 2005, 337, 342 – VISAGE (bestätigt durch BGH GRUR 2008, 710, 712 f., Nr. 29, 39 – VISAGE).

²⁶⁹ Vgl. BPatG GRUR GRUR-Prax 2013, 39 – Landlust (auf Grund der mehr als sechsjährigen Benutzung im gesamten Bundesgebiet, der extrem schnell steigenden Auflage mit jährlich zweistelligen Zuwachsraten, des erheblichen Werbeaufwands und der unangefochtenen Marktführerschaft in diesem Zeitschriftensegment war auch ohne Verkehrsbefragung Verkehrsdurchsetzung anzunehmen), vgl. hierzu auch Kopacek/Kortge GRUR 2013, 336, 345 und Blind GRUR-Prax 2013, 39; BPatG GRUR-Prax 2011, 58 – Oppenheim (jahrhundertlange Benutzung einer Marke als Bezeichnung eines traditionellen Bankhauses sowie eine Vielzahl einschlägiger Presseartikel belegen eine Verkehrsdurchsetzung hinsichtlich einzelner Finanz-Dienstleistungen); BPatG GRUR 2008, 428, 430 – Farbmärke Rot (über 70 Jahre andauernde und intensive Benutzung der Marke für die spezielle Ware „Loseblatttextausgaben von Gesetzen“ reicht für die Feststellung der Verkehrsdurchsetzung ohne Befragung aus); BPatG vom 13.08.2008, Az.: 29 W (pat) 61/07, Nr. 34 – Farbmärke Sonnengelb (jahrzehntelange Benutzung durch den Marktführer bei einem Marktanteil von über 41 % macht bei einer eng begrenzten Einzelware „Steuerfachzeitschrift“ eine Endverbraucherumfrage entbehrlich); *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 524.

²⁷⁰ Etwa Warenformen, Farben, Muster usw.

den²⁷¹ lediglich in Verbindung mit anderen Kennzeichen benutzt werden. Der Nachweis, die maßgeblichen Verkehrskreise würden den fraglichen Bestandteil selbst dann verstehen, wenn eine Ware nur durch ihn und dergestalt gekennzeichnet werde,²⁷² dass er die betreffende Ware als von einem bestimmten Unternehmen stammend ausweist und sie von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet, kann grundsätzlich nur durch eine methodisch einwandfreie Verkehrsbefragung bezüglich der isolierten Verwendung des Bestandteils erbracht werden.²⁷³ Im Übrigen ließe sich durch die oben genannten Gesamtumstände lediglich eine auf eine Verkehrsdurchsetzung gerichtete Vermutung begründen, die jedoch durch die Feststellungen im Rahmen eines Verkehrsgutachtens überwunden werden kann.²⁷⁴

II. Erfordernis eines Verkehrsdurchsetzungsgutachtens in der nationalen Praxis

1. Abnehmer aus Fach- oder Wirtschaftskreisen und Unternehmer

Handelt es sich bei den Abnehmern um Personen aus Fach- oder Wirtschaftskreisen und Unternehmer, veranlasst das DPMA aus Gründen der Sachdienlichkeit eine Befragung einzelner Verbände²⁷⁵, obwohl dies grundsätzlich dem Anmelder obliegt.²⁷⁶

Die Feststellungen des DIHK entsprechen nicht einem Rechtsgutachten bezüglich der Frage, ob die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 MarkenG erfüllt sind. Vielmehr übermitteln sie eine tatsächliche Auskunft über die Verkehrsauffassung im Bereich der gewerblichen Wirtschaft. Die Auskünfte sind daher für das DPMA selbstverständlich nicht bindend, werden aber für gewöhnlich als maßgeblich betrachtet.²⁷⁷

²⁷¹ Etwa Kombinationsmarken. Hinsichtlich der Kombinationsmarken wohl aber nur, sofern es auf die Verkehrsdurchsetzung eines nicht prägenden Markenbestandteils ankommt. Vgl. BGH GRUR 2011, 65, 67 f., Nr. 22 – Buchstabe T mit Strich.

²⁷² Vgl. EuGH, GRUR 2005, 763, Nr. 30 – Nestlé/Mars.

²⁷³ Vgl. BGH GRUR 2010, 138, 142, Nr. 39 – ROCHER-Kugel (Formmarke nie isoliert, sondern nur im Zusammenhang mit weiteren Kennzeichen wie den Wortzeichen „ROCHER“ und „FERRERO“ benutzt); BGH GRUR 2009, 766, 770, Nr. 40, 41 – Stofffähnchen (rotes Stofffähnchen nicht in Alleinstellung, sondern nur zusammen mit der Aufschrift „LEVI’S“); BGH GRUR 2008, 710, 712, Nr. 29, 713, Nr. 38 f. – VISAGE; BGH GRUR

²⁷⁴ Vgl. Ströbele GRUR 2008, 569, 571.

²⁷⁵ Es sei denn der Anmelder hat ausdrücklich auf eine Verkehrsbefragung durch den DIHT verzichtet.

²⁷⁶ Vgl. Ströbele/Hacker § 8, Rn. 545.

²⁷⁷ Vgl. Ströbele/Hacker § 8, Rn. 545; Ströbele MA 1984, 127, 137.

2. Private Verbraucher als Abnehmer

Sind private Letztverbraucher Teil der angesprochenen Verkehrskreise, erachtet das DPMA hingegen die Verkehrsbegutachtung zumeist für erforderlich.²⁷⁸ In Verfahren, bei denen die Endverbraucher den Ausschlag gaben, hat das DPMA noch nie einen Verkehrsdurchsetzungsnachweis ohne Verkehrsgutachten anerkannt, eine Entscheidung war stets dem Gericht vorbehalten.²⁷⁹

III. Europarechtskonformität

Nach der Rechtsprechung des EuGH²⁸⁰, die mehrere Nachweismöglichkeiten als gleichrangig bewertet, ist eine großzügigere Handhabung angeraten.²⁸¹ Ihr zufolge kann die Verkehrsdurchsetzung allein durch die Ermittlung des Marktanteils, der Benutzungsintensität, der geografischen Verbreitung, der Nutzungsdauer und des Werbeaufwandes festgestellt werden. Somit verhielte sich das DPMA, dem als staatliches Ausführungsorgan gem. Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EU, Art. 20 Abs. 3 GG die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts unter Erfüllung der europarechtlichen Vorgaben obliegt, europarechtswidrig, würde diese grundsätzliche Prüfungspraxis annähernd ausnahmslos fortgeführt.²⁸² Die Eintragungspraxis, die lediglich in Ausnahmefällen von der Erhebung eines Verkehrsgutachtens absieht, wenn seitens des Anmelders alle relevanten Tatsachen erschöpfend vorgetragen und nachgewiesen wurden, aus denen sich schlüssig und zweifelsfrei eine ausreichende Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke ergibt, kann schließlich nicht allein auf der Grundlage der Beweiserhebungsschwierigkeiten im Eintragungsverfahren bestehen.²⁸³

Dem DPMA stehen grundsätzlich die gleichen Mittel zur Verfügung wie den Gerichten. Nur weil es sich um registermäßig ausgestaltete Markeneintragungsverfahren handelt, bietet das Eintragungsverfahren vor dem DPMA nicht weniger Raum für sons-

²⁷⁸ Vgl. Markenanmeldungsrichtlinie Ziff. IV.5.17: „Einholung eines kostenpflichtigen demoskopischen Gutachtens erforderlich sein wird“ (**Anhang II**).

²⁷⁹ Vgl. BGH GRUR 2006, 679, Nr. 23 f. – Porsche Boxter; BPatG vom 28.09.2005, Az.: 29 W (pat) 82/04 – freenet.de; Fezer/*Fink*, Nationales Markenverfahren DPMA, Rn. 336.

²⁸⁰ Vgl. EuGH GRUR 1999, 723, Nr. 49, 51, 52 – Chiemsee; EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736, Nr. 23, 24 – Lloyd; EuGH GRUR 2002, 804, 808, Nr. 60-62 – Philips/Remington; BGH GRUR 2004, 331, 332 – Westie-Kopf.

²⁸¹ Vgl. Ingerl/Rohnke § 8, Rn. 343.

²⁸² So auch BGH GRUR 2008, 710, 712, Nr. 28 – VISAGE.

²⁸³ a.A. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 526 mit Verweis auf BPatG GRUR 2005, 337, 342 – VISAGE.

tige Beweiserhebungen.²⁸⁴ Zudem zeigen die in der nationalen Rechtsprechung ergangenen einschlägigen Entscheidungen auf, dass nicht nur für den besagten Fall der schlüssigen und zweifelsfreien Darlegung der Verkehrsdurchsetzung auf ein Verkehrsgutachten zu verzichten ist.

Es hängt vielmehr vom Einzelfall ab, ob dem Anmelder über die zur Glaubhaftmachung vorgelegten Unterlagen hinaus ein Tatsachenvortrag in Form eines Verkehrsgutachtens abzuverlangen ist.

Ergibt sich etwa aufgrund besonderer Umstände, dass es einer zahlenmäßigen Festlegung nicht bedarf²⁸⁵ oder ein niedriger Verkehrsdurchsetzungsgrad ausreichen würde, ist es gerechtfertigt, die Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke auch ohne Durchführung einer Verkehrsbefragung festzustellen.²⁸⁶ Dies kann v. a. dann der Fall sein, wenn anzunehmen ist, dass der überwiegende Teil der angesprochenen Verkehrskreise die Fachangabe, Gattungsbezeichnung, Warendarstellung, Farbe²⁸⁷ usw. nicht mehr als solche an sich, sondern als markenmäßigen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen auffasst²⁸⁸ und sich zudem an eine herkunftshinweisende Funktion gewöhnt hat.

Bestehen beim Eintragungsverfahren dennoch Zweifel an der Verkehrsdurchsetzung, bildet das Verkehrsgutachten jedoch die sicherste Möglichkeit, die Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke nachzuweisen, weshalb es ein weiterhin unabdingbarer Prüfungsgegenstand bleibt. Unverzichtbar ist die demoskopische Befragung z. B. bei Marken, die ihrer Natur nach oder aus sonstigen Gründen lediglich in Verbindung mit weiteren Kennzeichen benutzt werden.²⁸⁹ Unter diesen Gegebenheiten kann ausschließlich eine Befragung des Verkehrs ermitteln, ob die Verbraucher gerade in der angemeldeten Marke den maßgeblichen betrieblichen Herkunftsnachweis sehen.^{290, 291}

²⁸⁴ A.A. BPatG GRUR 2005, 337, 342 – VISAGE; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 526.

²⁸⁵ Vgl. BPatG GRUR 2005, 330, 333 – Fahrzeugkarosserie.

²⁸⁶ Vgl. BPatG vom 17.07.2007, Az.: 33 W (pat) 123/04 – Warburger Bank, wobei hierbei noch berücksichtigt wurde, dass die Anmelderin als Privatbank zwar keinen hohen Marktanteil im Bereich des Finanzwesens aufweisen konnte, aber infolge einer mittelbar belegten hohen Verkehrsbekanntheit, einer außergewöhnlich lang dauernden und nachhaltigen Benutzung der Marke, den Ruf eines Traditionshauses erlangt hat.

²⁸⁷ Vgl. BPatG vom 13.08.2008, Az.: 29 W (pat) 61/07, Nr. 36 – Farbmarke Sonnengelb.

²⁸⁸ Vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727, Nr. 47 – Chiemsee.

²⁸⁹ Z.B. Warenformen, abstrakte Farbmarken, Muster, Kombinationsmarken.

²⁹⁰ Vgl. BGH GRUR 2010, 138, 142, Nr. 39 – ROCHER-Kugel; BGH GRUR 2008, 710, 712 f., Nr. 29, 39 – VISAGE; BPatG GRUR 2011, 68, 72 – Goldhase mit neutraler Aufmachung; BPatG GRUR 2008, 420, 427 – ROCHER-Kugel; EuG ABI EU 2006, Nr. C 178, 33, Nr. 41 – Glaverbel II; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 528.

Aber auch bei Zeichen von saisonal angebotenen Waren und Dienstleistungen, welche ohne eine dahingehende Einschränkung im Waren- und Dienstleistungsverzeichnis angemeldet werden, dürfte ein Verkehrsgutachten unabdingbar sein. Denn hier können die Informationen zu Umsatz, Marktanteil und die sonstigen zum Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung ausreichenden Darstellungen und Unterlagen mit Ausnahme des Verkehrsdurchsetzungsgutachtens nur Aussagen für den saisonalen Zeitraum treffen.²⁹²

²⁹¹ Vgl. auch BGH GRUR 2012, 177 – Stofffähnchen II, wonach auch die eigenständige, rechterhaltende markenmäßige Benutzung eines Markenbestandteils einer Markenkombination in Frage gestellt wird und dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt wird.

²⁹² Vgl. hierzu auch Kap. E.I.5.d).

E. Die Demoskopie im Rahmen der Verkehrsdurchsetzung

Zur Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung dienende Verkehrsbefragungen können in jedem Verfahrensstadium Relevanz besitzen,²⁹³ da auch die Verkehrsdurchsetzung auf jeder Stufe des Verfahrens geltend gemacht werden kann. Selbst im Beschwerdeverfahren besteht noch Möglichkeit zur erstmaligen Geltendmachung.²⁹⁴ Zudem kann die mittels demoskopischen Nachweises zweifelsfrei festgestellte Verkehrsdurchsetzung einem Löschungsantrag entgegengehalten werden.²⁹⁵ Im Widerspruchsverfahren besteht jedoch ausnahmsweise nicht die Möglichkeit, die Verkehrsdurchsetzung geltend zu machen, sofern dies auf einem erstmaligen Vorbringen beruht.

I. Das Verkehrsdurchsetzungsverfahren bei der Marken Anmeldung²⁹⁶

1. Einleitung des Verfahrens

a) Normative Grundlagen im Rahmen der demoskopischen Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung

Trotz der zahlreichen Fälle, die von der demoskopischen Ermittlung der Verkehrskreise abhängen, existieren kaum normierte Vorgaben, was bei derartigen Nachweisen zu beachten ist. Eine Ausnahme bildet die Markenmeldungsrichtlinie des DPMA²⁹⁷, die in regelmäßigen Abständen aktualisiert wird. Sie beinhaltet die allgemeinen Marken-Eintragungsvoraussetzungen und verweist ausdrücklich auf die dabei zu berücksichtigende nationale und gemeinschaftsrechtliche Rechtsprechung. Unter Ziffer

²⁹³ Vgl. hierzu Kap. C.II.

²⁹⁴ Vgl. BPatG vom 16.01.2013, Az.: 28 W (pat) 76/11 – We do more; BPatG GRUR 2005, 948, 954 – FUSSBALL WM 2006.

²⁹⁵ Vgl. BPatG GRUR 2000, 521, 528 – Farbige Arzneimittelkapsel.

²⁹⁶ Die Anmeldung der Marke erfolgt über das DPMA. Erfolgt ein die Eintragung ablehnender Bescheid der Prüfungsstelle kann Beschwerde gem. §§ 66-71 MarkenG eingelegt werden. Die sich anschließenden Ausführungen sind auf das gesamte Anmeldeverfahren (DPMA, BPatG, BGH) bezogen, da die Grundsätze des Anmeldeverfahrens bei allen Instanzen entsprechend anzuwenden sind und die Darstellung deshalb einheitlich zu erfolgen hat.

²⁹⁷ Vgl. „Richtlinie für die Prüfung von Markenmeldungen“ vom 22.12.2009, abrufbar über <http://www.dpma.de/marke/formulare/index.html> (in Auszügen **Anhang II**).

IV.5.17. formuliert die Markenanmeldungsrichtlinie zudem Anforderungen an die rechtsdemoskopische Erhebung eines Gutachtens. Obwohl die Richtlinie nicht bindend ist, orientieren sich hieran sowohl Rechtsprechung als auch DPMA.

b) Glaubhaftmachung

Das Eintragungsverfahren beginnt mit der Einreichung eines den formellen Voraussetzungen genügenden Antrags:²⁹⁸

Bei der Anmeldung einer Marke beim DPMA hat dieses nach § 59 Abs. 1 MarkenG die Eintragungsvoraussetzungen und damit grundsätzlich auch die Verkehrsdurchsetzung zu prüfen, falls ein Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG vorliegt. Steht ein solches im Raum, ist es üblich, die Verkehrsdurchsetzung hilfsweise geltend zu machen, sodass vonseiten des DPMA zunächst die originäre Schutzfähigkeit zu kontrollieren ist. Obwohl die Untersuchung von Amts wegen zu erfolgen hätte, ist ein zeit- und kostenintensives Amtsermittlungsverfahren²⁹⁹ zu vermeiden, wenn von vornherein keine Aussicht auf Erfolg besteht.³⁰⁰ Deshalb erfordert die weitere Prüfung der Verkehrsdurchsetzung einen entsprechenden schlüssigen Sachvortrag des Anmelders zur Möglichkeit einer Verkehrsdurchsetzung vor Einleitung des Verfahrens, in dessen Rahmen diese letztlich konkret nachzuweisen ist.³⁰¹

Nur in Ausnahmefällen wie etwa bei einer amts- oder gerichtsbekannten Durchsetzung ist es gestattet, entsprechend § 291 ZPO von einer derartigen Beweisführung abzu-
sehen.³⁰² Es ist sorgfältig zu prüfen, ob für alle der beanspruchten Waren und Dienstleistungen tatsächlich eine amts- oder gerichtsbekannte Verkehrsdurchsetzung der Mar-

²⁹⁸ Vgl. zur Eintragungsanmeldung und dem Antragsformblatt ausführlich Fezer/*Fink*, Nationales Markenverfahren DPMA, Rn. 134 ff., 140; § 2 ff. MarkenV. Für eine Vorformulierung für einen Verkehrsdurchsetzungsantrag vgl. Hoffmann/Kleespies/Adler F 206;

²⁹⁹ Vgl. zum Amtsermittlungsgrundsatz (auch Untersuchungsgrundsatz oder Inquisitionsmaxime bezeichnet) Fezer § 59, Rn. 1, § 73, Rn. 1. Die Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes wird durch die Tatsache gerechtfertigt, dass der Verkehrsdurchsetzungsnachweis lediglich im Interessenkreis des Anmelders steht, vgl. BPatG GRUR 1966, 442; Levin S. 33.

³⁰⁰ Vgl. Ingerl/Rohnke § 8, Rn. 343.

³⁰¹ Vgl. BPatG GRUR 1966, 442; BPatG GRUR 2000, 428, 432 – Farbmarke gelb/schwarz; BPatG GRUR 2003, 521, 528 – Farbige Arzneimittelkapsel; Markenanmeldungsrichtlinie Ziff. IV.5.17 (**Anhang II**).

³⁰² Vgl. BPatG GRUR 2011, 232, 237 – Gelbe Seiten; BPatG GRUR 2008, 428, 430, Nr. 22 – Farbmarke rot. Überwiegend ist dies für Marken zu bejahen, die sich aus einer eingetragenen verkehrsdurchgesetzten Marke und einer schutzunfähigen Bezeichnung zusammensetzen (z.B. Deutsche Bank Investmentbanking). Die Durchführung eines weiteren Verfahrens zur Prüfung der Verkehrsdurchsetzung wäre nur ein teurer Formalismus. Das DPMA muss allerdings darauf achten, dass es seine subjektive Sicht nicht die der Mehrheit der Verkehrskreise gleichsetzt, obwohl dies nicht zutrifft.

ke angenommen werden kann.³⁰³ Auch auf früher durchgeführte Ermittlungen und getroffene Entscheidungen kann zurückgegriffen werden, soweit keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich zwischenzeitlich die tatsächlichen Verhältnisse und das darauf beruhende Verkehrsverständnis hinsichtlich der fraglichen Marke in entscheidungserheblichem Maße verändert haben.³⁰⁴ Angesichts der Tatsache, dass durchaus auch die subjektive Wahrnehmung und Erinnerung der Verkehrskreise verblasst, ist die Annahme³⁰⁵, die erfolgreichen Marken hätten sich in das Gedächtnis der Verkehrskreise eingepägt und die Bekanntheit würde nur durch das Nachwachsen einer neuen Generation von Verbrauchern verblassen, eher fragwürdig. Zumindest sollte dies nicht ungeprüft auf den Einzelfall übertragen werden.

Die Markenstelle teilt dem Anmelder mit, welche Angaben und Unterlagen im Regelfall geeignet sind, die Verkehrsdurchsetzung zu belegen. Sie fordert ihn weiter dazu auf, das Waren- und Dienstleistungsverzeichnis auf diejenigen Waren oder Dienstleistungen zu beschränken, für die die Marke tatsächlich verwendet wurde³⁰⁶, sowie diejenigen Verkehrskreise genau zu beschreiben, an die sich die Waren oder Dienstleistungen wenden. Der Anmelder muss die Durchsetzung für alle im Verzeichnis der Waren und Dienstleistungen enthaltenen Waren und Dienstleistungen glaubhaft darstellen.

Die Schlüssigkeitsprüfung bezieht sich auf Art, Dauer und Umfang der Zeichenbenutzung sowie den Werbeaufwand und ist mittels geeigneter Unterlagen zu untermauern.³⁰⁷

Die Kriterien entsprechen somit jenen, die auch der EuGH für die Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung heranzieht.³⁰⁸ Dabei müssen sich die Mittel der Glaubhaftmachung unmittelbar auf die Herstellung oder den Vertrieb der beanspruchten Waren bzw. die Erbringung der angemeldeten Dienstleistung beziehen. Nicht erforderlich ist allerdings, die geforderten Angaben jeweils einzeln zu belegen, vielmehr soll sich die Möglichkeit der Verkehrsdurchsetzung aus der Gesamtheit der vorgelegten Dokumente schlüssig ergeben. Der Anmelder ist in seinem eigenen Interesse dazu angehalten, die

³⁰³ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 543.

³⁰⁴ Vgl. BPatG 2011, 232, 237 f. – Gelbe Seiten; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 543; Ingerl/Rohnke § 8, Rn. 353.

³⁰⁵ Vgl. BPatG GRUR-Prax 2010, 435 – SPAR; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 543.

³⁰⁶ Vgl. hierzu Kap. C.III.2.

³⁰⁷ Vgl. Markenanmeldungsrichtlinie Ziff. IV.5.17 (**Anhang II**).

³⁰⁸ Vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 808, Nr. 60 – Philips/Remington; EuGH GRUR 1999, 723, Nr. 51 – Chiemsee.

eingereichten Belege mittels eines gesonderten Schriftsatzes zu erläutern.³⁰⁹ Eine eidesstattliche Versicherung kann die Unterlagen ergänzen. Die Auswahl der Bescheinigungen, die zur Glaubhaftmachung geeignet sind, richtet sich nach dem jeweiligen Einzelfall.

Folgende Belege sind für das entsprechende Kriterium u. a. anzuraten:

➤ **Benutzungsdauer:**

Mit Datum versehene aktuelle und ältere Kataloge, Preislisten, Rechnungen, Werbeanzeigen, Produktbesprechungen usw.

➤ **Benutzungsform:**

Warenmuster oder Fotos, Kataloge, Werbeanzeigen/-broschüren, Etiketten, Warenaufkleber usw.

➤ **Benutzungsumfang:**

Im Inland erwirtschafteter Jahresumsatz³¹⁰ bezüglich der einzelnen zur Anmeldung gebrachten Waren oder Dienstleistungen einschließlich Stückzahl, Auflagenhöhe o. Ä.; allein der Nachweis des international getätigten Umsatzes oder entsprechende Umsatzübersichten über das gesamte Waren- oder Dienstleistungsangebot genügen hingegen nicht. Das Absatzgebiet kann durch Bestellscheine, Rechnungen oder Bezugsquellenachweise nachgewiesen werden, aus denen sich der Absatz im gesamten Bundesgebiet ergibt.

➤ **Werbeaufwand:**

Angaben zu den jährlichen Aufwendungen für die Bewerbung der verfahrensgegenständlichen Waren und Dienstleistungen im Inland. Steht nur ein Gesamtetat zur Verfügung, ist der prozentuale Werbeaufwand der verfahrensgegenständlichen Ware oder Dienstleistung zu belegen. Darüber hinaus kann der Anmelder auch Werbeanzeigen oder -spots vorbringen, wenn er zugleich darstellt, welche Medien (Printmedien, Sendeanstalt) diese in welchem Umfang (Auflagenhöhe, Häufigkeit, Sendezeit) ausstrahlen.

Verfehlt wäre es, strikt auf dem Nachweis jedes einzelnen Punktes zu beharren.³¹¹ Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen ein Markeninhaber mit seiner anzumeldenden Marke eine Position in den beteiligten Verkehrskreisen hält, welche ihm Unabhängig-

³⁰⁹ Vgl. Fezer/*Fink*, Nationales Markenverfahren DPMA, Rn. 350.

³¹⁰ Vgl. BPatG GRUR 1998, 1018, 1020 – Honigglas

³¹¹ Vgl. Pflüger Mitt. 2007, 259, 261.

keit von Werbemaßnahmen zur Bekanntheitsgradsteigerung verschafft. Angaben zum fehlenden Werbeaufwand wären daher vollkommen ungeeignet, auf eine bestehende Verkehrsdurchsetzung hinzuweisen. Dem Anmelder aber dennoch aufzuerlegen, derartige Angaben zu machen oder gar erst Werbemaßnahmen zu ergreifen, kann nicht Sinn dieses Verfahrensschrittes sein. Das DPMA ist demnach dazu angehalten, die Besonderheiten des Einzelfalles zu beachten und hinsichtlich der geforderten Kriterien flexibel zu reagieren. So reicht es für die Glaubhaftmachung auch aus, ein älteres Verkehrsgutachten vorzulegen, das eine Verkehrsdurchsetzung zum Zeitpunkt der Anmeldung nahelegt.³¹²

Zusätzlich gefordert wird die Vorlage geeigneter Bestätigungen von Fachverbänden (nicht von Industrie- und Handelskammern) sowie einer ausreichenden Zahl von Bescheinigungen aus Abnehmer- und Verbraucherkreisen aus allen Teilen der Bundesrepublik, die aufzeigen, dass die angemeldete Marke in den beteiligten Verkehrskreisen als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen wirkt. Diese Angaben sind nur mühsam zu beschaffen und besitzen in der Praxis lediglich geringe Bedeutung. Dennoch dienen die Bescheinigungen über die Abnehmerkreise zur Bestimmung der maßgeblichen Verkehrskreise und können einen Hinweis auf die vorzunehmende Einordnung im Waren und Dienstleistungsverzeichnis darstellen. Zudem muss die Zahl der Bescheinigungen in einem angemessenen Verhältnis zur Zahl der Betriebe stehen, in denen Waren/Dienstleistungen der betreffenden Art hergestellt, abgesetzt oder verbraucht werden. Ebenso müssen sie darlegen, welcher Wirtschafts- und Handelsstufe der Erklärende angehört bzw. welches Unternehmen er besitzt.

Viele Verfahren scheitern bereits an dieser Stelle des Prüfungsverfahrens, da die vorgelegten Unterlagen unvollständig, widersprüchlich und/oder nicht aussagekräftig³¹³ sind und das DPMA den Anmelder auf die Unvollständigkeit der Belege nicht hinweist. In einem solchen Fall erfolgt lediglich die Zurückweisung der Anmeldung wegen absoluter Schutzhindernisse. Dem Anmelder bleibt es jedoch vorbehalten, im Erinnerungs- oder Beschwerdeverfahren ausreichend Stellung zu beziehen und die noch fehlenden Unterlagen nachzureichen bzw. Ergänzungen vorzunehmen.

³¹² Vgl. BPatG vom 23.04.2007, Az.: 26 W (pat) 69/04 – Christkindles Glühwein, wonach die Verkehrsdurchsetzung aufgrund zweier 5 und 22 Jahre alter Verkehrsgutachten glaubhaft dargelegt wurde.

³¹³ Etwa undatierte Werbeanzeigen/Prospekte oder vorgelegte Umsatzzahlen bzw. Werbeaufwendungen, aus denen sich weder der dafür herangezogene Zeitraum noch die konkreten Produkte oder das einschlägige Gebiet ergeben.

c) Verkehrsgewöhnung

Das Eintragungshindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG (fehlende Unterscheidungskraft) steht der Eintragung des Zeichens nicht entgegen, sofern der Anmelder den Nachweis erbringen kann, dass sich der Verkehr an die Art der Markenkennzeichnung, z. B. an Form oder Farbe, für das jeweilige Markensegment gewöhnt hat. Lässt sich eine Verkehrsgewöhnung nicht feststellen, ist eine Eintragung nur auf dem Weg der Verkehrsdurchsetzung möglich.³¹⁴ Diese repräsentiert allerdings bereits ein qualitatives Mehr als die bloße Verkehrsgewöhnung. Daher kann eine Studie zur Ermittlung der Verkehrsgewöhnung von Zeichentypen als betrieblicher Herkunftshinweis für die Verkehrsgewöhnung eine Indizwirkung entfalten, mangels Abfrage konkreter markenmäßig benutzter und einzeln ausgewiesener Waren oder Dienstleistungen weist sie jedoch keine Eignung hinsichtlich eines Verkehrsdurchsetzungsnachweises auf.³¹⁵

d) Gemeinschaftsrechtskonformität

Ob diese Praxis der zweistufigen Überprüfung in Form der Glaubhaftmachung und nachträglichen demoskopischen Beweisführung mit den vom EuGH aufgestellten Verfahrensgrundsätzen übereinstimmt, ist fraglich. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH³¹⁶ kann – wie bereits ausgeführt – die Feststellung der Verkehrsdurchsetzung bereits durch die Ermittlung des Marktanteils, der Benutzungsintensität, der geographischen Verbreitung, der Benutzungsdauer und des Werbeaufwandes erfolgen. Diesen Tatsachen gleichgestellt ist lediglich der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung einer Marke mittels Verkehrsgutachten oder Umfrage bei entsprechenden Berufsverbänden und den Industrie- und Handelskammern. Der EuGH ließe bereits die vor dem DPMA zur Glaubhaftmachung vorgelegten Unterlagen für sich gesehen als ausreichend gelten, die Verkehrsdurchsetzung zu begründen. Gleichzeitig bestätigte der EuGH jedoch die Möglichkeit deutscher Behörden, auf ein Verkehrsgutachten zurückzugreifen, sofern sie dies für erforderlich erachten. Das DPMA ist daher dazu angehalten, die vom EuGH verlangten Angaben, die jenen der Glaubhaftmachung entsprechen, genügen zu lassen, wenn diese ein eindeutiges und für sich allein betrachtet aussagekräftiges Ergebnis lie-

³¹⁴ Vgl. BPatG vom 28.10.2009, Az.: 29 W (pat) 1/09; Nr. 12 – Farbmarke Gelb (HKS 5).

³¹⁵ Vgl. BPatG vom 10.12.2008, Az.: 29 W(pat) 64/06, Nr. 27 – Abstrakte Farbmarke, bestehend aus konturlosem Grün (HKS 66).

³¹⁶ Vgl. EuGH GRUR 1999, 723, Nr. 49, 51, 52 – Chiemsee; EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736, Nr. 23, 24 – Lloyd; EuGH GRUR 2002, 804, 808, Nr. 60-62 – Philips/Remington; BGH GRUR 2004, 331, 332 – Westie-Kopf.

fern. Lediglich eine strikte Rangordnung zwischen den Angaben zu Marktanteil, Benutzungsumfang usw. gegenüber dem Verkehrsgutachten verbietet der EuGH. Unabhängig von einer weiteren Verkehrsbefragung kann die Verkehrsdurchsetzung beispielsweise bei einem eng begrenzten Warengbiet und einem sehr hohen Marktanteil des Anmelders unterstellt werden.³¹⁷ Auch offizielle Statistiken, welche die Marktführerschaft des Anmelders dokumentieren, können in Ausnahmefällen ausreichen. Bei komplexen Sachverhalten stellt jedoch ein Verkehrsgutachten zweifelsohne die sicherste und einfachste Nachweismöglichkeit dar.³¹⁸

2. Das Erfordernis eines Verkehrsdurchsetzungsnachweises durch ein demoskopisches Gutachten in der Eintragungspraxis

Nur wenn die Unterlagen eine ausreichende Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung gewährleisten, setzt das DPMA die Prüfung fort.

Auf der Grundlage der Glaubhaftmachung entscheidet das DPMA, welche weiteren Unterlagen zur Führung des vollständigen Nachweises der Verkehrsdurchsetzung erforderlich sind.³¹⁹

Handelt es sich bei den Abnehmern um Personen aus Fach- oder Wirtschaftskreisen und Unternehmer, veranlasst das DPMA aus Gründen der Sachdienlichkeit eine Befragung einzelner Verbände³²⁰, obwohl dies grundsätzlich dem Anmelder obliegt.³²¹ Die Durchführung der Befragung übernehmen in einem solchen Fall die Industrie- und Handelskammern, koordiniert vom Deutschen Industrie- und Handelskammertag (DIHK), oder andere Berufs- und Standesvertretungen³²². Hierbei werden nicht alle Kammern, sondern nur eine repräsentative Auswahl um Auskunft³²³ gebeten. Für eine Befragung durch den DIHK erhebt dieser seit 01.10.2001 eine Auslagengebühr von

³¹⁷ BPatG vom 18.08.2000, Az.: 33 W (pat) 79/98 – GOLD (Marktanteil von 21 % reicht bei einer glatt warenbeschreibenden Angabe aus).

³¹⁸ Vgl. EuGH GRUR 1999, 723, Nr. 53 – Chiemsee; so auch BPatG GRUR 2005, 337, 339 – VISAGE; BPatG vom 18.08.2000, Az.: 33 W (pat) 79/98, Nr. 20 ff. – GOLD; BPatG vom 28.09.2005, Az.: 29 W (pat) 82/04 – freenet.de.

³¹⁹ Vgl. BPatG GRUR 1999, 61, 64 – Blau/Weiß; BPatG MarkenR 1999, 32, 36 – blau.

³²⁰ Es sei denn der Anmelder hat ausdrücklich auf eine Verkehrsbefragung durch den DIHT verzichtet.

³²¹ Vgl. Ströbele/Hacker § 8, Rn. 545.

³²² Vgl. EG GRUR Int 2010, 153, 155, Nr. 53 – BCS ./HABM. Erscheint es sachdienlich, werden auch zusätzliche Stellungnahmen von Behörden, Anstalten und Instituten veranlasst.

³²³ Auskünfte sind entweder amtliche Auskünfte gem. §§ 273 Abs. 2 Nr. 2, 358 a Nr. 2 ZPO, insbesondere solche der Industrie- und Handelskammer oder von anderen Organisationen und Verbänden, die als einfaches schriftliches Zeugnis nach § 377 Abs. 3 ZPO zu qualifizieren sind, vgl. Dobel S. 84 f. m.w.N.

3.000 € inkl. MwSt., die das DPMA dem Anmelder als Kostenvorschuss berechnet.³²⁴ Auch andere mit der Verkehrsbefragung in gewerblichen Kreisen zu beauftragende Berufs- oder Standesvertretungen können die Erstattung ihrer Auslagen fordern.

Die Feststellungen des DIHK entsprechen nicht einem Rechtsgutachten bezüglich der Frage, ob die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 MarkenG erfüllt sind. Vielmehr übermitteln sie eine tatsächliche Auskunft über die Verkehrsauffassung im Bereich der gewerblichen Wirtschaft. Die Auskünfte sind daher für das DPMA selbstverständlich nicht bindend, werden aber für gewöhnlich als maßgeblich betrachtet.³²⁵

Die Aussagekraft einer in den betreffenden Fachkreisen durchgeführten Befragung ist jedoch keinesfalls mit der eines allgemein durchgeführten Verkehrsgutachtens gleichzusetzen.³²⁶ Im Gegensatz zum Verkehrsgutachten, bei dem jedenfalls eine Reaktion des Befragten zumeist erwartet werden kann, besteht bei den Befragten in den betreffenden Fachkreisen häufig noch weniger Interesse daran, an der Befragung teilzunehmen. Eine Verpflichtung der Befragten, zu antworten, gibt es nicht. Darüber hinaus ist im Vergleich zu einem Verkehrsgutachten keinesfalls gesichert, dass die Beantwortung der maßgeblichen Fragen spontan erfolgt, da die Stellungnahme schriftlich abgegeben wird. Entscheidend ist jedoch, dass hier die Befragten aus Fachkreisen stammen, die an der Zurückweisung der Anmeldung ein wirtschaftliches Interesse haben könnten. Dies wiegt umso schwerer, als dieses DIHK-Gutachten in der Regel auch Mitkonkurrenten und Mitbewerber im Rahmen der Umfrage erfasst. Bei der Ermittlung des Verkehrsdurchsetzungsgrades durch ein Verkehrsgutachten dürfen diese jedoch keine Berücksichtigung finden. Dies kann einerseits dazu führen, dass das einzutragende Kennzeichen entgegen der tatsächlichen Verkehrsanschauung in den aus Mitkonkurrenten und Mitbewerbern bestehenden befragten Verkehrskreisen als überdurchschnittlich bekannt dargestellt wird. Andererseits kann die Umfrage die Mitbewerber auch dazu verleiten, nicht wahrheitsgemäß zu antworten, um die den eigenen Unternehmensinteressen womöglich zuwiderlaufende Eintragung zu verhindern. Letzteres kann auch eine streng vertrauliche Behandlung des Anmeldernamens gegenüber den Umfrageteilnehmern und sonstigen Dritten durch die Kammer nicht abwehren.³²⁷ Schließlich wird der Name den Umfrageteilnehmern bei Kenntnis der Marke als Unternehmenshinweis ohnehin be-

³²⁴ Vgl. MittDPMA Nr. 7/10, BIPMZ 2001, 301.

³²⁵ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 545; *Ströbele* MA 1984, 127, 137.

³²⁶ Vgl. auch BPatG vom 26.06.2007, Az.: 25 W (pat) 92/04, Nr. 40 – *Melissengeist*; *Tilman GRUR* 1984, 716, 723.

³²⁷ Vgl. auch die ausführliche Darstellung bei *Swoboda* MA 1984, 140.

kannt sein. Eine Umfrage könnte folglich nur dann ein objektives Ergebnis erzielen, wenn die Umfrage alle Mitglieder der Verbände betrifft und nicht lediglich einen Mitbewerber.³²⁸

Sind private Letztverbraucher Teil der angesprochenen Verkehrskreise, erachtet das DPMA hingegen die Verkehrsbegutachtung zumeist für erforderlich.³²⁹ In Verfahren, bei denen die Endverbraucher den Ausschlag gaben, hat das DPMA noch nie einen Verkehrsdurchsetzungsnachweis ohne Verkehrsgutachten anerkannt, eine Entscheidung war stets dem Gericht vorbehalten.³³⁰

Nach der Rechtsprechung des EuGH³³¹, die mehrere Nachweismöglichkeiten als gleichrangig bewertet, ist eine großzügigere Handhabung angeraten.³³²

Die Beweisführung obliegt dem Anmelder. Eine Auftragserteilung durch das DPMA kommt auch im Rahmen des Amtsermittlungsprinzips nicht in Betracht.³³³ Das DPMA überlässt es dem Anmelder, den erforderlichen Durchsetzungsnachweis durch Vorlage eines entsprechenden Meinungsumfrageergebnisses zu erbringen, da das Amt den Anmelder trotz des Amtsermittlungsprinzips in der Beibringungspflicht sieht. Diese Auffassung entspringt dem Gedanken, die Verkehrsdurchsetzung stelle eine Ausnahme von dem summarischen Charakter des registerrechtlichen Verfahrens dar, wonach sich die Amtsprüfung auf naheliegende, leicht feststellbare Umstände beschränken soll. Außerdem dürften auch ganz praktische und wirtschaftliche Gründe einer Beauftragung durch das DPMA entgegenstehen. Einerseits hätten das DPMA nicht die Kapazitäten, sich um die Beauftragung selbst zu kümmern. Andererseits würde dies auf die Begutachtung einer Marktstellung des Anmelders am Markt auf Kosten der Staatskasse hinauslaufen, was weder im Sinne der Staatsfinanzen noch in dem der Steuerzahler sein dürfte und allein im Interesse des Anmelders erfolgt.

Ob vor der Durchführung eines solchen Verkehrsgutachtens die Fragestellung und der zu befragende beteiligte Verkehrskreis mit dem DPMA abzusprechen ist, hängt von

³²⁸ Vgl. BPatG vom 23.03.2005, Az.: 30 W (pat) 16/04, Nr. 14 – B-3 alloy.

³²⁹ Vgl. Markenanmeldungsrichtlinie Ziff. IV.5.17: „Einholung eines kostenpflichtigen demoskopischen Gutachtens erforderlich sein wird“ (**Anhang II**).

³³⁰ Vgl. BGH GRUR 2006, 679, Nr. 23 f. – Porsche Boxter; BPatG vom 28.09.2005, Az.: 29 W (pat) 82/04 – freenet.de; Fezer/*Fink*, Nationales Markenverfahren DPMA, Rn. 336.

³³¹ Vgl. EuGH GRUR 1999, 723, Nr. 49, 51, 52 – Chiemsee; EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736, Nr. 23, 24 – Lloyd; EuGH GRUR 2002, 804, 808, Nr. 60-62 – Philips/Remington; BGH GRUR 2004, 331, 332 – Westie-Kopf.

³³² Vgl. hierzu Kap. D.III. und E.I.1.d); vgl. auch Ingerl/Rohnke § 8, Rn. 343.

³³³ Vgl. Ströbele MA 1984, 127, 137; Schulz MA 1984, 143, 144.

mehreren Faktoren ab. Eine derartige Absprache ist insofern empfehlenswert, als ein Gutachten erhebliche Kosten verursacht und deshalb die Verwertbarkeit des Gutachtens für die Eintragungsentscheidung des DPMA sichergestellt werden sollte. Andererseits ist bei der Durchführung des Gutachtens häufig Eile geboten, um den Markenrechtsschutz möglichst schnell in Anspruch nehmen zu können. In diesem Fall wäre die Durchführung des Verkehrsdurchsetzungsgutachtens ohne eine vorherige Abstimmung mit dem DPMA angezeigt, denn die damit einhergehende Verzögerung erstreckt sich laut den Demoskopen³³⁴ von einem ¾ Jahr bis hin zu einem Jahr.³³⁵

Im Bereich der Werktitel³³⁶ i.S.v. § 5 Abs. 3 MarkenG fungieren besonders Titel in den Print-³³⁷, Radio-³³⁸ und Fernsehmedien³³⁹ häufig als beschreibende Angabe. Damit gelten sie grundsätzlich als nicht unterscheidungskräftig und als Marke eintragungsfähig, es sei denn durch den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung.³⁴⁰ Bei Fernseh- und Radiosendungen erfolgt eine regelmäßige Erfolgskontrolle durch eine Rundfunk- und Medienanalyse sowie durch die kontinuierliche Aufzeichnung des Fernsehverhaltens³⁴¹ von 5.500 als repräsentativ ausgewählten bundesdeutschen Haushalten, in denen fast 13.000 Personen ab drei Jahren leben. Diese Meinungsforschungsdaten veranschaulichen an dem Hör- und Fernsehverhalten des Publikums den jeweiligen Bekanntheitsgrad einer Sendung. Den Verkehrsdurchsetzungsnachweis mittels demoskopischen Gutachtens kann ein solcher Nachweis der Einschaltquote jedoch nicht ersetzen, da er nicht belegt, ob das Publikum, das sich einen bestimmten Sender anschaut oder anhört, mit dem jeweilig laufenden Sendetitel überhaupt eine bestimmte Fernseh- oder Rundfunkanstalt assoziiert.³⁴² Dennoch kann die Vorlage der Einschaltquoten genügen, um eine

³³⁴ Interview mit Frau Niedermann vom Institut für Demoskopie Allensbach vom 29.11.2010.

³³⁵ Die in Frage kommenden Meinungsforschungsinstitute verfügen allerdings in den meisten Verfahren über die nötige Erfahrung, die Gutachten ohne Rücksprache mit dem DPMA, den Anforderung entsprechend durchzuführen. Allerdings gibt es auch Prüfer, die ihre Ansicht von der Richtigkeit des Fragebogens durchgesetzt sehen wollen und eine andere Methode deshalb ablehnen.

³³⁶ Vgl. hierzu ausführlich Deutsch/Ellerbrock.

³³⁷ Vgl. BGH GRUR 2000, 504, 505 – FACTS; BGH GRUR 2000, 70, 72 – SZENE; BGH 1999, 235, 237 – Wheels Magazine; BGH GRUR 2000, 70, 72 – SZENE.

³³⁸ Vgl. BGH GRUR 1993, 769, 770 – Radio Stuttgart.

³³⁹ Vgl. BGH GRUR 2001, 1054 – Tagesreport; BGH GRUR 2001, 1050 – Tagesschau.

³⁴⁰ Vgl. BGH GRUR 2001, 1042 – REICH UND SCHÖN; BGH GRUR 1988, 377 – Apropos Film; für Zeitschriftentitel BGH 1974, 661, 662 – St. Pauli-Nachrichten; BGH GRUR 1961, 232 – Hobby; das RG verneinte noch die Möglichkeit eines markenrechtlichen Schutzes mit der Begründung, dass der Titel auf den schriftstellerischen Inhalt der damals allein als möglicher Gegenstand von Titelschutz normierten Druckschrift hinweise, nicht auf deren betriebliche Herkunft, vgl. RGZ 44, 99, 101 – Armen-Seelen-Blatt; RGZ 40, 19, 21 – Modenwelt.

³⁴¹ Die Kontrolle wird von der GfK in Auftrag der AGF (Arbeitsgemeinschaft Fernsehforschung), einem Zusammenschluss öffentlich-rechtlicher und kommerzieller Fernsehanstalten, durchgeführt.

³⁴² Vgl. Berlitz GRUR 2006, 542, 545.

Verkehrsdurchsetzung zunächst glaubhaft darzustellen. Für die Verkehrsdurchsetzung reicht es aus, wenn der Titel im Bewusstsein des beteiligten Verkehrs auf einen Fernsehsender oder Verlag hinweist.

3. Gleichwertigkeit der Eintragungsverfahren

Nach der bisherigen nationalen Rechtsprechung hat der Anmelder, der sich mit Erfolg, wenn auch nur hilfsweise, auf die Verkehrsdurchsetzung seines Zeichens beruft, keinen verfahrensrechtlich eigenständigen Anspruch darauf, dass die Eintragung ungeachtet einer eventuell bestehenden originären Kennzeichnungskraft vorgenommen wird.³⁴³ Da dem Anmelder keine Nachteile entstünden, fehle ihm die Beschwer. Die Eintragung kraft § 8 Abs. 3 MarkenG stehe derjenigen kraft originärer Kennzeichnungskraft gleich. So bedeute dies nicht etwa die Zuerkennung eines anderen bzw. minderen Markenschutzes des angemeldeten Zeichens. Insbesondere drohe der wegen Verkehrsdurchsetzung eingetragenen Marke nicht die Löschung, entfielen nachträglich die Voraussetzungen für eine Eintragung als durchgesetztes Zeichen.³⁴⁴

Andererseits darf das DPMA nicht grundlos nach eigenem Ermessen die Eintragung nach § 8 Abs. 3 MarkenG vornehmen, ohne vorher die Eintragungsfähigkeit einer Marke kraft originärer Kennzeichnungskraft geprüft zu haben.³⁴⁵ Die gegenteilige Ansicht³⁴⁶ ist nicht haltbar. Das Verfahren nach § 8 Abs. 3 MarkenG verhält sich subsidiär zum Eintragungsverfahren kraft originärer Kennzeichnungskraft.³⁴⁷ § 8 Abs. 3 MarkenG stellt keinen eigenen Eintragungsgrund dar, sondern beseitigt lediglich die Eintragungsverbote gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG, deren Vorliegen zunächst positiv festzustellen sind³⁴⁸ – nicht wegen einer etwaigen Rechtsverletzung des Anmelders, son-

³⁴³ Vgl. BGH Mitt. 2006, 449, 450, Nr. 9 – Fahrzeugkarosserie; BGH GRUR 2006, 701, 702 Nr. 9 – Porsche 911; BPatG vom 18.12.2009, Az.: 29 W (pat) 115/07, Nr. 36 – Gelb; BPatG vom 14.07.2009, Az.: 33 W (pat) 121/07, Nr. 28 – Keiner bringt mehr Menschen in die eigenen 4 Wände – Schwäbisch Hall; BPatG vom 17.07.2007, Az.: 33 W (pat) 123/04, Nr. 20 – Warburger Bank.

³⁴⁴ Nach der Rspr. sind die Verfallsgründe nach § 49 Abs. 2 MarkenG abschließend und in Bezug auf § 8 Abs. 3 MarkenG nicht entsprechend anwendbar; vgl. BGH GRUR 2003, 1040, 1044, Nr. 26 – Kinder; so auch Fezer § 49, Rn. 31; eingeschränkt Ingerl/Rohnke § 49, Rn. 34; Ströbele/Hacker § 49, Rn. 28; a.A. Ekey/Klippel/Bous § 49, Rn. 15; Hauck/Fischoeder GRUR 2004, 185, 186, die aber übersehen, dass der Verlust der Verkehrsdurchsetzung nicht mit der Entwicklung zur Gattungsbezeichnung gleichzusetzen ist.

³⁴⁵ Vgl. BPatGE 48, 65 – Deutsches Notarinstitut.

³⁴⁶ Vgl. a.A. BGH Mitt. 2006, 449, 450 Nr. 8 – Fahrzeugkarosserie, wonach die Frage des Vorliegens von Eintragungshindernissen nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG unerörtert bleiben kann, soweit sie nicht für die Verkehrsdurchsetzung relevant sind.

³⁴⁷ Vgl. BPatGE 48, 65 – Deutsches Notarinstitut.

³⁴⁸ Vgl. Ströbele/Hacker § 8, Rn. 452.

dem vielmehr in der Befürchtung, der Anmelder kann hieraus ungerechtfertigter Weise einen Vorteil erlangen. Anderenfalls wäre es dem Anmelder möglich, ein sich anschließendes Beschwerdeverfahren unter Vermeidung einer negativen Beschwerdeentscheidung wieder völlig offen zu gestalten, indem er den Antrag auf Prüfung der Verkehrsdurchsetzung vor der Markenstelle zurücknähme und dann erneut eine ursprüngliche Schutzfähigkeit geltend machte. Läge diese Vorgehensweise im Belieben des Anmelders, könnte er zudem für künftige Kollisionsfälle eine nützliche amtliche Feststellung hoher Bekanntheit und Kennzeichnungskraft erhalten. Dies kann sich vorteilhaft im Hinblick auf z. B. jene Rechtsprechung auswirken, die besagt, eine behauptete gesteigerte Kennzeichnungskraft einer Widerspruchsmarke müsse bereits bei Anmeldung der jüngeren Marke bestehen, was rückwirkend jedoch immer schwieriger zu ermitteln ist. Eine solche Handhabung würde, wenn nicht durch die vorangehende Feststellung eines die „normale“ Eintragung hindernden Schutzhindernisses sachlich gerechtfertigt, auf eine gutachterliche Tätigkeit hinauslaufen, die weder Aufgabe des DPMA (§ 58 MarkenG) noch des BPatG ist, weshalb diesbezüglich auch kein Rechtsschutzinteresse im Eintragungsverfahren besteht.

Die Prüfung der Eintragungsverbote ist auch deshalb unabdingbar, weil die einzelnen Schutzhindernisse im Einzelfall einen Anhaltspunkt für die Anforderungen an die Verkehrsdurchsetzung geben können. Dieser Grundsatz wurde vom EuGH³⁴⁹ für die zugrunde liegende Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 MarkenRL (Anhang I) ausdrücklich hervorgehoben. Danach sehe Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie keinen autonomen Anspruch auf Eintragung einer Marke vor. Er enthalte vielmehr eine Ausnahme von den Eintragungshindernissen nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstaben b bis d dieser Richtlinie. Die Reichweite von Artikel 3 Absatz 3 sei daher in Abhängigkeit von diesen Eintragungshindernissen zu interpretieren.

Die in der Deutsches Notarinstitut-Entscheidung³⁵⁰ vertretene Ansicht des BPatG ist insofern richtig, als dass sie die Prüfung der Verkehrsdurchsetzung vom Fehlen einer originären Eintragungsfähigkeit nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG abhängig macht. Die

³⁴⁹ Vgl. EuGH GRUR 2007, 234, 235, Nr. 21 – EUROPOLIS für die zugrundeliegende Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 MarkenRL (**Anhang I**).

³⁵⁰ Vgl. BPatGE 48, 65 – Deutsches Notarinstitut, wonach auch nicht im Einzelnen auf die Frage eingegangen zu werden brauchte, ob das DPMA beim Eintragungsverfahren ein Freihaltungsbedürfnis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG für jede einzelne der angemeldeten und noch beanspruchten Dienstleistungen zu Recht festgestellt hatte.

in dem Beschluss zitierten Fundstellen³⁵¹ stellen aber lediglich heraus, inwiefern dem Anmelder ein Anspruch auf die Art der Eintragung zusteht und im Beschwerdeverfahren auf das Vorliegen dieser Eintragungshindernisse einzugehen ist. Sie formulieren hingegen nicht, dass die Eintragungshindernisse von Anfang an im Eintragungsverfahren willkürlich unerörtert bleiben dürfen.

Die vom EuGH getroffene Feststellung lässt hingegen offen, ob dem Anmelder auch ein Anspruch auf die Art der Eintragung zusteht. Da ihm die notwendige Beschwerde fehlt, um gegen das Prüfungsverfahren vorzugehen, liegt auch weiterhin kein dahingehender Anspruch vor. Obgleich sich das Prüfungsverfahren nach § 8 Abs. 3 MarkenG umfangreicher gestaltet, richtet sich das Interesse des Anmelders allein auf die Eintragung seines zur Anmeldung gebrachten Zeichens als Marke. Wird diesem Interesse abgeholfen, kann er im Nachhinein folglich nicht die Art des Prüfungsverfahrens angreifen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das DPMA die Prüfung der originären Kennzeichnungskraft vorrangig durchführen muss und der Anmelder auch bei nachgewiesener Verkehrsdurchsetzung keinen eigenen durchsetzbaren Anspruch auf die Grundlage der Eintragung des Zeichens als Marke besitzt.

4. Einschränkung des Waren- oder Dienstleistungsverzeichnisses³⁵²

a) Allgemeines

Das Verzeichnis der Waren und Dienstleistungen kann in jedem Verfahrensstadium³⁵³ vom Markeninhaber³⁵⁴ eingeschränkt werden, sofern er dies für ratsam erachtet.

Im Anmeldeverfahren wird die Einschränkung vorgenommen, wenn das Zeichen für einzelne Waren oder Dienstleistungen wegen absoluter Schutzhindernisse bean-

³⁵¹ Vgl. BGH Mitt. 2006, 449, 450, Nr. 8 – Fahrzeugkarosserie; BGH GRUR 2006, 701, 702, Nr. 8 – Porsche 911.

³⁵² Zur Problematik, wie sich eine Beschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses auf die maßgeblichen Verkehrskreise bei einer demoskopischen Umfrage auswirkt und wann eine Beschränkung, die den maßgeblichen Verkehrskreis beeinflussen möchte, als unzulässig anzusehen ist, wird auf die Ausführungen in Kap. E.I.8.e) verwiesen.

³⁵³ Auch im Laufe des Beschwerdeverfahrens, vgl. z.B. BPatG vom 21.03.2012, Az.: 26 W(pat) 35/10 – Call & Surf; BPatG vom 13.08.2008, Az.: 29 W (pat) 61/07 – Farbmarke Sonnengelb.

³⁵⁴ Nicht vom DPMA, vgl. BGH GRUR 2005, 326, 327 – il Padrone/Il Portone; BGH GRUR 2005, 513, 514 MEY/Ella May.

standet wurde oder der Anmelder davon ausgeht, den Verkehrsdurchsetzungsnachweis nur für einen Teil der Waren oder Dienstleistungen erbringen zu können.³⁵⁵

Die Einschränkung ist rechtlich als eine teilweise Rücknahme der Anmeldung nach § 39 Abs. 1 Halbsatz 2 MarkenG zu werten und kann zudem konkludent durch das Einreichen eines neuen eingeschränkten Waren- oder Dienstleistungsverzeichnisses erklärt werden, das einen Rückgriff auf das frühere, umfangreichere Verzeichnis ausschließt³⁵⁶. Die Einschränkung des Verzeichnisses ist nach Eingang beim DPMA entsprechend der patentrechtlichen Rechtsprechung unwiderruflich,³⁵⁷ aber anfechtbar, sofern es sich bei der Rücknahmeerklärung um einen beachtlichen (Erklärungs-)Irrtum handelte.³⁵⁸ Die Möglichkeit der Anfechtung beruht auf der vorherrschenden Auffassung von der Doppelnatur der Rücknahme als Verfahrensgrundlage und materiell rechtliche Willenserklärung.³⁵⁹ Inwieweit die Anfechtbarkeit einer Rücknahmeerklärung, die einen (teilweisen) Verzicht auf den auf die Eintragung einer Marke gerichteten Antrag darstellt, mit den Grundsätzen eines verwaltungsrechtlichen Amtsverfahrens nach § 1 Abs. 1 VwVfG wie des Markeneintragungsverfahrens vereinbar ist, bleibt von der Praxis allerdings unberücksichtigt.³⁶⁰

Bereits erbrachte Anmelde- und Klassengebühren werden nach einer erfolgten Einschränkung des Verzeichnisses nicht zurückerstattet.³⁶¹

b) Wegfall der Eintragungshindernisse

Einer Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG bedarf es nicht mehr, sobald das Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG entfällt.

§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG verlangt z. B. zu ermitteln, ob die Marke zur Beschreibung der beanspruchten Waren und Dienstleistungen dienlich ist. Diese Feststellung ist

³⁵⁵ Vgl. BPatG vom 21.03.2012, Az.: 26 W(pat) 35/10 – Call & Surf.

³⁵⁶ Vgl. BPatG Mitt. 1994, 137.

³⁵⁷ Auf die ursprüngliche Fassung kann wegen des Erweiterungsverbots nicht mehr zurückgegriffen werden; vgl. BPatG vom 09.08.2005, Az.: 24 W (pat) 188/04 – BlueBioTech; Markenanmeldungsrichtlinie Ziff. IV.4.4.

³⁵⁸ Vgl. BGH GRUR 1985, 919, 920 – Caprolactam; BGH GRUR 1977, 485, 486 – Rücknahme der Patentanmeldung; Ströbele/Hacker/Kirschneck § 39 Rn. 5 f.; Winkler GRUR 1990, 73, 77; a.A. Beier/Katzenberger S. 251 ff.

³⁵⁹ Vgl. Ströbele/Hacker/Kirschneck § 39, Rn. 5 f.

³⁶⁰ Vgl. Fezer/Fink, Nationales Markenverfahren DPMA, Rn. 297.

³⁶¹ Vgl. BPatG GRUR 2006, 172, 173 – Unzureichende Klassengebühren; BPatGE 43, 98, 99 – MEDICAL STUDIO. Die Regelung des § 10 Abs. 2 PatKostG ist ausdrücklich auf Fälle der gesetzlichen Rücknahmefiktion beschränkt.

strikt auf das angemeldete Waren- und Dienstleistungsverzeichnis zu beziehen.³⁶² Demnach kommt eine teilweise Einschränkung des Verzeichnisses dann in Betracht, wenn lediglich für einen Teil der unter einen Oberbegriff fallenden Waren und Dienstleistungen ein beschreibender Charakter für die angemeldete Marke konstatiert werden kann, für den anderen Teil eine solche Eigenschaft aber fehlt. Eine Markeneintragung wäre in diesem Fall nur möglich, wenn der Anmelder durch eine wirksame Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses diejenigen Waren und Dienstleistungen vom früheren, umfangreicheren Verzeichnis ausnimmt, die keinen beschreibenden Charakter aufweisen.

Entsprechendes gilt auch für die Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.³⁶³

Die Einschränkung eines Oberbegriffs ist nur wirksam, wenn die bei der Anmeldung angeführten Waren und Dienstleistungen nach ihrer Art und Zweckbestimmung dauerhaft und für die beteiligten Verkehrskreise – insbesondere die Mitbewerber – wirtschaftlich nachvollziehbar beschränkt werden.³⁶⁴ An einer solchen Nachvollziehbarkeit mangelt es Zusätzen, die den wirtschaftlichen Charakter der Waren und Dienstleistungen nicht inhaltlich verändern oder zumindest konkretisieren, sodass sich kein rechtlich relevanter Unterschied ergibt. Der EuGH richtet sich bei der Beurteilung der Frage, ob die Einschränkung schutzbegründende Wirkung entfaltet, nach dem Gebot der Rechtssicherheit. Ausnahmevermerke, die lediglich angeben, die Waren und Dienstleistungen wiesen ein bestimmtes Merkmal nicht mehr auf, sowie Zusätze, die lediglich bestimmte Merkmale der ursprünglich beantragten Waren und Dienstleistungen ausschließen, werden diesem postulierten Gebot kaum gerecht.³⁶⁵

³⁶² Vgl. EuGH GRUR 2003, 604, 609, Nr. 75 – Libertel; BGH GRUR 2005, 578, 580 – LOKMAUS.

³⁶³ Vgl. BGH Mitt. 2004, 225, 226 – Käseform; BGH GRUR 2002, 261, 262 – AC.

³⁶⁴ Vgl. EuGH GRUR 2004, 674, 679, Nr. 115 – Postkantoor; BGH GRUR 2002, 340, 341 – Fabergé; BPatG GRUR 2004, 61, 62 – BVerwGE; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 258 ff; Beispiele für eine unzulässige Einschränkung bei Utz S. 15 ff.

³⁶⁵ Vgl. EuGH GRUR 2004, 674, 679 Nr. 114 – Postkantoor. Vgl. Entscheidungen zu schutzbegründenden Vermerken, die nach der Postkantoor-Entscheidung des EuGH aber nicht mehr zulässig wäre: BGH GRUR 1997, 634, 635 – Turbo II (Diamantwerkzeuge als nicht durch Turbinen angetriebene Maschinenteile für Trockenschliff); BPatG PAVIS PROMA 25 W (pat) 11/00 – SOLAR (Schutz begründender Ausschluss von Waren für solartechnische Anwendungen und mit Solarenergie betriebenen Waren); BPatG PAVIS PROMA 25 W (pat) 58/01 – GENE (Schutz begründender Ausnahmevermerk für den Bereich der Genforschung und -technik); BPatG PAVIS PROMA 33 W (pat) 146/99 – GREEN (schutzfähig nur mit Ausschluss aller grünen und umweltbezogenen Waren und Dienstleistungen). Dagegen als nicht schutzbegründend angesehen: BPatGE 42, 250, 255 – Winnetou (Beschränkung von Druckereierzeugnissen durch den Zusatz ausgenommen die Werke von Karl May selbst); BPatG PAVIS PROMA 27 W (pat) 104/99 – FLIPPER (Spielautomaten, ausgenommen Flip-

Als unzulässig gelten Einschränkungen auch, wenn sie einen neuen Verstoß gegen absolute Schutzhindernisgründe begründen. Besonders bei Ausschlussvermerken, die einen beschreibenden Charakter der Marke beseitigen sollen, kann eine erhebliche Täuschungsgefahr i.S.v. § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG konstituiert werden.³⁶⁶

c) Anforderungen an die Verkehrsdurchsetzung

Die Verkehrsdurchsetzung muss für die konkret angemeldete Marke nachweisbar sein.³⁶⁷ Der zu belegende, sehr enge Bezug einer Ware oder Dienstleistung zu der bestimmten Ware oder Dienstleistung, für die ein gesteigerter Bekanntheitsgrad besteht, wird es in der Regel ausschließen, dass die Marke für weite Oberbegriffe bzw. breite Waren- und Dienstleistungsgruppen in das Register eingetragen werden kann.³⁶⁸ Insofern ist eine Beschränkung auf die einzelnen Waren oder Dienstleistungen geboten, für die voraussichtlich eine entsprechende Benutzung und Verkehrsdurchsetzung nachweisbar ist.³⁶⁹ Das bedeutet im Regelfall, das DPMA fordert einen Verkehrsdurchsetzungsnachweis, infolgedessen der Anmelder für sämtliche Waren und Dienstleistungen, für die das Zeichen als Marke angemeldet werden soll und für die ein Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG besteht, eine Verkehrsdurchsetzung glaubhaft machen bzw. unter Beweis stellen muss. Der Anmelder ist als Inhaber der angemeldeten Marke in der Lage, zu beurteilen, für welche Waren und/oder Dienstleistungen eine Verkehrsdurchsetzung möglich erscheint und für welche mit einer Zurückweisung der Anmeldung aufgrund fehlender Verkehrsdurchsetzung zu rechnen ist. Deswegen empfiehlt es sich für den Anmelder, bei beanstandeter Eintragungsfähigkeit das bei der Anmeldung vorgelegte Waren- und Dienstleistungsverzeichnis auf diese Waren und/oder

perspielautomaten); BPatG vom 11.05.2004, Az.: 24 W (pat) 217/03 – Löwenzahn (Mundpflegemittel, ausgenommen solche, die als Inhaltsstoff die Pflanze Löwenzahn enthalten; BPatG PAVIS PROMA 26 W (pat) 11/03 – Dreieck (Möbel, Spiegel, Rahmen, sämtliche nicht in dreieckförmiger Gestaltung.

³⁶⁶ Vgl. etwa BPatG vom 03.02.2004, Az.: 33 W (pat) 246/02 – Ecopaste, wonach ein Ausschluss aller Waren in Pastenform für Reinigungsmittel eine Täuschungsgefahr begründet. Vgl. auch *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 261 und *Ströbele/Hacker/Kirschneck* § 39 Rn. 5.

³⁶⁷ Vgl. hierzu Kap. C.III.3.

³⁶⁸ Nach BGH GRUR 2008, 510, 512 – Milchschnitte ergibt sich aus einer die Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung erfüllenden Benutzung der Marke für Milchcreme-Schnitten bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise und unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Markeninhaberin eine Verkehrsdurchsetzung für die im Verzeichnis eingetragene Ware "Fertigkuchen". Demnach wird hier im Einzelfall eine Verkehrsdurchsetzung für einen engen Warenbegriff unter normativen Gesichtspunkten auch für den Oberbegriff angenommen. Eine solche Wertung kann allerdings nur im Ausnahmefall und bei sehr hohen Durchsetzungsgraden angenommen werden, da es sonst die Eintragungshindernisse ad absurdum führte.

³⁶⁹ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8 Rn. 396.

Dienstleistungen zu beschränken, um unnötige Kosten und das Risiko der Zurückweisung des gesamten Antrages, also auch jenen Teils, bei dem eventuell eine Verkehrsdurchsetzung vorliegt, zu vermeiden. Für den Fall, dass lediglich Zweifel an der Verkehrsdurchsetzung bestehen, ist es selbstverständlich ratsam, die Einschränkung des Verzeichnisses erst nach Abschluss des Verkehrsdurchsetzungsverfahrens bzw. der Verkehrsbefragung vorzunehmen. Bleibt es beim ursprünglichen Verzeichnis, muss die Markenstelle zunächst die Zurückweisung der Anmeldung für die übrigen Waren und Dienstleistungen beschließen, mit der Folge, dass die Marke für die durchgesetzten Waren und Dienstleistungen erst nach Rechtskraft des Zurückweisungsbeschlusses eingetragen werden kann.³⁷⁰

Nur in strikten Ausnahmefällen darf bei einer für bestimmte Waren oder Dienstleistung festgestellten Verkehrsdurchsetzung ein Schluss auf andere Dienstleistungen oder Waren bzw. Dienstleistungen oder Waren anderer Klassen gezogen werden.³⁷¹ Dies erscheint etwa dann gerechtfertigt, wenn die für eine Verkehrsdurchsetzung in Frage kommende Dienstleistung notwendigerweise der durchgesetzten Ware vor- oder nachgeschaltet ist und sie sich einander bedingen. Zusätzlich müssen sie in einem solchen tatsächlichen funktionalen und wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, dass die Bejahung der in Frage stehenden Verkehrsdurchsetzung die logische Folge der bereits festgestellten Verkehrsdurchsetzung ist.³⁷²

d) Sonderfall Farbmarken

Bei abstrakten Farbmarken ist eine Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnis ohnehin erforderlich, da nach dem EuGH³⁷³ abstrakten Farbmarken nur unter engen Voraussetzungen Schutz zu gewähren ist, und zwar wenn die Waren- und Dienstleistungen sehr beschränkt und der betreffende Markt sehr spezifisch sind.³⁷⁴ Nur in diesem Fall ist es dem maßgeblichen Verkehrskreis möglich, sich an die Farbe als

³⁷⁰ Vgl. Fezer/*Fink*, Nationales Markenverfahren DPMA, Rn. 335, 349.

³⁷¹ Vgl. BGH GRUR 2012, 930, 936, Nr. 71 – Bogner B/Barbie B, in Bezug auf Kollisionsverfahren und der Übertragung der Kennzeichnungskraft; BPatG GRUR 2013, 388, 393 – test, wonach eine Verkehrsdurchsetzung für Waren in Klasse 16 „Druckerzeugnisse, nämlich Testmagazine und Verbraucherinformationen“ den Rückschluss auf Dienstleistungen in Klasse 41 „Herausgabe von Testzeitschriften und Verbraucherinformationen“ und Klasse 42 „Veröffentlichung von Warentests und Dienstleistungsuntersuchungen“ zulasse (insoweit bestätigt durch BGH GRUR 2014, 483, 487, Nr. 47 – test), vgl. hierzu auch Kopacek/Kortge GRUR 2013, 336, 347 f..

³⁷² Vgl. BPatG GRUR 2013, 388, 393 – test (insoweit bestätigt durch BGH GRUR 2014, 483, 487, Nr. 47 – test).

³⁷³ St. Rspr. des EuGH, vgl. EuGH GRUR 2003, 604 – Libertel.

³⁷⁴ Vgl. EuGH GRUR 2003, 604, 608, Nr. 66 – Libertel.

Herkunftshinweis gewöhnt zu haben, weshalb der Farbmarke kein Freihaltebedürfnis entgegensteht. Ist eine Gewöhnung an stets gleichbleibende Farbauftritte von Unternehmen im beanspruchten Segment nicht festzustellen, so kommt die Eintragung mittels Verkehrsdurchsetzung nur ganz ausnahmsweise infrage.³⁷⁵ Dies impliziert jedoch noch keine Aussage über die Unterscheidungskraft.

Im Fall der Farbmarke ist demnach verstärkt davon auszugehen, dass eine Anmeldung angesichts einer Vielzahl beanspruchter Waren und Dienstleistungen die Anforderungen der Eintragungsfähigkeit nicht erfüllen kann. Sie wäre zurückzuweisen, würde der Anmelder das Waren- und Dienstleistungsverzeichnis nicht wirksam und ausreichend einschränken.³⁷⁶

5. Zeitpunkt der Verkehrsdurchsetzung im Anmeldeverfahren

a) Nachweis zum Anmeldezeitpunkt

Wie bei einer anderen Marke, die kraft originärer Kennzeichnungskraft eingetragen wurde, beginnt auch der Schutz einer nach § 8 Abs. 3 MarkenG eingetragenen Marke regelmäßig mit dem Tag der Anmeldung. Dies setzt voraus, dem Anmelder gelingt der Nachweis, dass sämtliche Voraussetzungen für die Verkehrsdurchsetzung am Anmelde-tag vorlagen und als materielle Eintragungsvoraussetzung bis zum Tag der Entscheidung über die Eintragung bzw. bis zur Eintragung fort dauern.³⁷⁷ Oftmals kommt es in einem Verkehrsdurchsetzungsverfahren jedoch erst im Laufe des Eintragungsverfahrens auf, ob ein Verkehrsdurchsetzungsnachweis gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG erforderlich ist. In diesem Fall kann sich das verfahrensrechtliche Problem einer rückbezogenen Feststellbarkeit der Durchsetzung ergeben. Diesem Prioritätsproblem kann der Anmelder auf zwei Arten entgegentreten:

³⁷⁵ Vgl. EuGH GRUR 2003, 604, 608, Nr. 67 – Libertel; Grabrucker/Fink GRUR 2008, 371; Baechler GRUR Int. 2006, 115, 122.

³⁷⁶ Vgl. BPatG GRUR 2009, 161 – Farbmarke Gelb - Yello; BPatG vom 13.08.2008, Az.: 29 W (pat) 61/07 – Farbmarke Sonnengelb.

³⁷⁷ Vgl. BGH GRUR 2010, 138, 141, Nr. 31 – ROCHER-Kugel; BPatG vom 10.08.2010, Az.: 33 W (pat) 31/06, Nr. 27 – SPAR; widersprüchlich in BPatG vom 14.07.2009, Az.: 33 W (pat) 121/07, Nr. 35 – Keiner bringt mehr Menschen in die eigenen 4 Wände - Schwäbisch Hall: „geht der Senat davon aus, dass in etwa dieselben Werte bereits zum Anmeldezeitpunkt am (...) vorgelegen haben.“; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 534; Ströbele GRUR 1987, 75, 81 m.w.N..

aa) Vorsorgliches Verkehrsgutachten

Zum einen kann er mit der Anmeldung ein den Kriterien des DPMA genügendes Verkehrsgutachten vorlegen, das bereits zu diesem Zeitpunkt die Verkehrsdurchsetzung nachweist. Dies erscheint jedoch nur in den wenigsten Fällen ratsam.³⁷⁸ Schließlich ist zu beachten, dass die Marke anhand fehlender Unterscheidungskraft aller Voraussicht nach ohnehin nicht zeitnah anderweitig angemeldet wird und darüber hinaus noch nicht geklärt ist, ob der Eintragung vonseiten des DPMA überhaupt ein Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG entgegengehalten wird.

Die Erstellung eines rechtsdemoskopischen Privatgutachtens kann dennoch unter dem Gesichtspunkt der präventiven Beweissicherung empfehlenswert sein, um im Falle einer kennzeichenrechtlichen Kollision auf eine gesicherte demoskopische Beweisgrundlage zurückgreifen zu können.³⁷⁹ Allerdings ist ein solches zu Beweis Zwecken erstelltes Gutachten auch nur dann nützlich, wenn das Gutachten nicht bereits zu lange zurück liegt und auch genau die dann im Kollisionsverfahren entscheidungserhebliche Frage geklärt wurde.³⁸⁰ Das Gutachten stellt in einem Gerichtsverfahren lediglich substantiierten Parteivortrag dar.³⁸¹

bb) Retrospektive Ermittlung³⁸²

Zum anderen kann der Anmelder die Verkehrsdurchsetzung mittels einer rückbezogenen demoskopischen Umfrage geltend machen. Dabei ist allerdings zu unterscheiden, ob das demoskopische Gutachten selbst eine retrospektive Ermittlung der Verkehrsauffassung darstellt³⁸³ oder ob vom gutachterlich ermittelten Verkehrsdurchsetzungsgrad eine rückwirkende Schätzung vorzunehmen ist. Keine retrospektive Ermittlung im enge-

³⁷⁸ Etwas anderes gilt für einen potenziellen Kollisionsfall.

³⁷⁹ Vgl. Hasselblatt/*Eichmann* § 9, Rn. 38.

³⁸⁰ Vgl. BGH GRUR 2009, 766, 770, Nr. 40 – Stofffähnchen (wonach aber kein sicherer Rückschluss auf ein vor mehr als 10 Jahren erstelltes Gutachten möglich sei und in dem damaligen Gutachten nur die Markenkombination statt des konkret verteidigten Zeichen(bestandteil)s Inhalt der Befragung war).

³⁸¹ Vgl. BGH GRUR 2006, 79, 81, Nr. 36 – Jeans I; Dobel S. 87 f.

³⁸² Den derzeitigen Forschungsstand hinsichtlich retrospektiver, empirischer Sozialforschung fassen Tourangeau/Rips/Rasinski S. 62-135 zusammen.

³⁸³ Der Wert eines solchen Verkehrsdurchsetzungsnachweises ist jedoch streitig. Eher ablehnend etwa Gloy/Loschelder/*Ohde* (3. Auflage), § 20, Rn. 47, wonach die demoskopische Feststellung in einem solchen Fall nur bei Vorliegen besonderer Umstände angezeigt sei. Oder auch Gloy/Loschelder (3. Auflage) § 19, Rn. 15: „kann der Beweis *durchweg nur mit Hilfe anderer Beweismittel* (...) geführt werden, die – ggfs. In Verbindung mit einem vom Gericht veranlassten demoskopischen Gutachten für die Gegenwart – einen Schluss auf den Grad der Verkehrsbekanntheit zu der fraglichen Zeit in der Vergangenheit zulassen“. Ablehnend auch Jacobs/*Jacobs* Vor § 13 UWG, Rn. 376, wonach „immer nur das gegenwärtige Verständnis des Verkehrs“ abgefragt werden kann.

ren Sinne stellt die Schätzung eines aktuellen Verkehrsdurchsetzungsgrades auf der Grundlage eines in der Vergangenheit erstellten Verkehrsgutachtens dar.

(1) Rückwirkende Ermittlung durch vergangenheitsbezogenes Verkehrsgutachten

Bei einem Verkehrsgutachten, das den Verkehrsdurchsetzungsgrad für die Vergangenheit feststellen soll, ist wiederum zu differenzieren, ob das Gutachten allein den Nachweis erbringen soll oder ob darüber hinausgehende Ermittlungsgrundlagen herangezogen werden sollen.

Eine rückbezogene Feststellung der Verkehrsdurchsetzung mittels eines Verkehrsgutachtens und ohne weitere Tatsachengrundlagen ist innerhalb weniger Monate, allenfalls innerhalb eines Jahres unter bestimmten Voraussetzungen möglich.³⁸⁴ Die angebotene Durchführung eines Verkehrsgutachtens in Bezug auf einen länger zurückliegenden Zeitraum weisen Rechtsprechung und DPMA im Regelfall hingegen wegen der Ungeeignetheit des Beweismittels zurück, sofern es als alleiniges Beweismittel dienen soll.³⁸⁵ Die Rechtsprechung³⁸⁶ nimmt an, für einen derart lang zurückliegenden Zeitraum sei eine wissenschaftlich fundierte und juristisch nachprüfbare Ermittlung der Verkehrsauffassung nicht mehr gewährleistet und das menschliche Gedächtnis durch eine derart rückbezogene Fragestellung überfordert. Die befragten Verkehrskreise seien objektiv und subjektiv nicht in der Lage, bei der Beurteilung des angemeldeten Zeichens die vergangenen fünf Jahre aus dem Gedächtnis zu löschen und sich auf den damaligen Erkenntnisstand zurück zu beziehen³⁸⁷. Nach vier bis fünf Jahren erreichen Erinnerungswerte im Allgemeinen nur noch Werte zwischen einem Drittel bis zur Hälfte der früher tatsächlich ermittelten Prozentsätze.³⁸⁸ Demoskopen gehen allgemein davon aus, dass sich für einen länger als drei bis sechs Monate zurückliegenden Zeitpunkt

³⁸⁴ Vgl. LG Mannheim MarkenR 2002, 60, 69 – intel inside.

³⁸⁵ Vgl. BPatGE 19, 229, 234 – Interglas (12 bis 13 Jahre); BPatGE 26, 231, 236 – Zürich (über 5 Jahre); BPatGE 28, 44, 50 – BUSINESS WEEK (ca. 5 Jahre); BPatG GRUR 1997, 833, 835 – digital (10 Jahre); OLG Köln GRUR 1985, 559, 561 – CAMEL (10 Jahre); vgl. auch Eichmann GRUR 1999, 939, 946 f.; Ernst-Moll GRUR 1993, 8, 14; Boës/Deutsch GRUR 1996, 168, 171.

³⁸⁶ Vgl. BPatGE 19, 229, 234 – Interglas; BPatGE 20, 250, 259 – Homburg; BGH GRUR 1968, 371, 376 – Maggi; vgl. auch Noelle-Neumann/Schramm S. 53 ff.; Ströbele GRUR 1987, 75, 81.

³⁸⁷ Vgl. BPatG Mitt. 1985, 74, 75 – Zürich.

³⁸⁸ Vgl. Noelle-Neumann/Schramm S. 59; weniger Abzug nach BGH GRUR 1985, 550, 551 – Dimple, wonach bei 40 % laut Verkehrsbefragung im Jahre 1981 für Dezember 1976 noch immer von 33 % ausgegangen werden könne. Die wissenschaftliche Erfahrung übergang das BPatG jedoch in einer neueren Entscheidung. Nach BPatG vom 10.08.2010, Az.: 33 W (pat) 31/06 – SPAR verblasse die Bekanntheit einmal verkehrsdurchgesetzter Marken lediglich durch das allmähliche Nachwachsen neuer Verbrauchergenerationen, weniger durch „Vergessen“ der Verbraucher, bei denen sich eine Marke einmal nachhaltig einprägen konnte.

keine relevanten Feststellungen mehr treffen lassen. Versuche, den zurückliegenden Kenntnisstand durch indirekte Fragestellungen (Wie lange kennen Sie ... schon? Wann ungefähr haben Sie ... zum ersten Mal gehört oder gesehen?) zu klären, sind äußerst unsicher. Die empirische Sozialforschung führt in diesem Zusammenhang die „Vergessenskurve“ einerseits und das „Erinnerungsdepot“ andererseits an. Beide Fälle lassen verzerrte Ergebnisse erwarten, die in Umfang und Richtung nicht bestimmbar sind. Nur in Ausnahmefällen, etwa wenn der untersuchungsgegenständliche Zeitpunkt auch in der Erinnerung durch ein für jedermann besonders markantes Ereignis klar abgrenzbar ist, wäre es gerechtfertigt, die Ergebnisse eines Gutachtens über einen weiter zurückliegenden Zeitpunkt heranzuziehen.³⁸⁹

Obwohl sich der Wert eines solchen Verkehrsgutachtens u. U. erhöht, indem die Demoskopen Hilfestellungen leisten, die das Erinnerungsvermögen unterstützen³⁹⁰, muss der Anmelder zur Feststellung der Verkehrsdurchsetzung eines weiter in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkts zusätzliche Bewertungsgrundlagen vorlegen. Viel zu groß ist die Divergenz zwischen der Wirklichkeit und dem Erinnerungsvermögen der betreffenden Verkehrskreise. Auch der aus Hilfsfragen resultierende Zeitpunkt wird kaum mit dem tatsächlichen übereinstimmen, da der Befragte für den Zeitpunkt der ersten Kenntnis in der Regel einen späteren als der Realität entsprechenden Zeitraum angibt (sog. Teleskopung-Effekt³⁹¹).³⁹² Für denjenigen, der sich auf die Verkehrsdurchsetzung des Zeichens beruft, gestaltet es sich schwierig, den Verkehrsdurchsetzungszeitpunkt in der Vergangenheit durch derartige Untersuchungen nachzuweisen, da der Verkehrsdurchsetzungsgrad sinkt, je weiter der entscheidungserhebliche Zeitpunkt in der Vergangenheit liegt.

Trotz des Teleskopung-Effekts sowie weiterer erinnerungsabhängiger Unsicherheitsfaktoren und Ungenauigkeiten, die den Beweiswert eines solchen Umfrageergebnisses

³⁸⁹ Vgl. OLG Dresden GRUR-RR 2002, 257 – Halberstädter Würstchen, wonach noch viele Jahre nach der Wiedervereinigung die Verkehrsgeltung dieser Marke rückwirkend zu DDR-Zeiten zuverlässig gemessen werden konnte.

³⁹⁰ Frage nach einem persönlichen Bezug (runder Geburtstag, Hochzeit usw.), politischen (Regierungswechsel usw.) oder andersartigen Ereignis (Olympiade, Weltmeisterschaft), zu dem das betreffende Zeichen möglicherweise schon bekannt war.

³⁹¹ So ergab eine Umfrage im Jahre 1955 einen Bekanntheitsgrad von 13 % für das Kennzeichen SAFTA. Vier Jahre später konnten 25 % der Befragten das Kennzeichen treffend zuordnen. Die Zusatzfrage wie lange man das Zeichen SAFTA schon kenne, erbrachte folgende Antworten: Bekannt seit 1958 6 %; 1956/57 11 %, 1954/55 2 %, vor 1954 2 %, ohne Zeitangabe 4 %. Für den vier Jahre zurückliegenden Zeitpunkt wäre also eine Verkehrsgeltung von lediglich 4 % statt der tatsächlichen 13 % erwiesen; vgl. Noelle-Neumann/Schramm S. 55 f.

³⁹² Vgl. Neumann/Schneider sic! 2002, 815, 829 „einseitiger Verzerrungseffekt“; Schulz Markenartikel 1999, 143, 146 f.

mindern, zieht die Rechtsprechung Rückschlüsse auf den Umfang des Durchsetzungsgrades zum maßgeblichen Prioritätszeitpunkt.³⁹³

Das Umfrageergebnis wird als Mindestwert des Verkehrsdurchsetzungsgrades im entscheidungserheblichen Zeitpunkt herangezogen. Die zur Beurteilung des Bekanntheitsgrades für den entsprechenden Zeitpunkt notwendigen Aufschläge richten sich nach der zurückliegenden Zeit sowie nach der Eigenart der zu beurteilenden Marke und der wirtschaftlichen Zusammenhänge. Auch Privatgutachten, Werbeaufwendungen, Marktanteile und Umsatzzahlen dienen der Konkretisierung des hinzuzurechnenden Aufschlages.³⁹⁴ Als Mittelwert ist ein Aufschlag von einem Drittel des festgestellten Bekanntheitswertes anzunehmen. Bei einer besonders dynamischen Marke sei aber mindestens die Hälfte des ermittelten Bekanntheitswertes dem festgestellten Bekanntheitsgrad hinzuzurechnen.³⁹⁵ Bei einer eher statischen Entwicklung einer Marke, wie etwa einer Schokoladenmarke, kann hingegen die Differenz zwischen tatsächlich ermittelter und rückblickend ermittelter Bekanntheit nach einem Zeitraum von vier Jahren beispielsweise auch nur 13 % betragen.³⁹⁶

Nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen sind Fallgestaltungen denkbar, die einen Rückgriff auf gesicherte Erkenntnisse aus der Vergangenheit zulassen, die im Vergleich zu den aktuell ermittelten Werten ein ähnliches Bild der damaligen Auffassung der beteiligten Verkehrskreise wiedergeben.³⁹⁷ Dies ist nur dann gerechtfertigt, wenn die tatsächlichen Gegebenheiten über viele Jahre hinweg unverändert geblieben sind und somit nicht von einer Wahrnehmungsänderung innerhalb der beteiligten Verkehrskreise auszugehen ist. Eine derartige Konstanz der wirtschaftlichen und tatsächlichen Gegebenheiten könnte allenfalls auf spezielle Fachkreise, die sich marktunabhängig zeigen,³⁹⁸ sowie auf Luxusgüter³⁹⁹ zutreffen.

Nur in diesen eng begrenzten Fällen ist bei aktuell mangelnder Verkehrsdurchsetzung in entsprechender Weise auf das Fehlen der Durchsetzung auch in der Vergangenheit zu schließen.

³⁹³ Vgl. BGH GRUR 1985, 550, 551 – Dimple; BGH GRUR 1971, 305, 307 – Konservenzeichen II.

³⁹⁴ Vgl. LG Mannheim MarkenR 2002, 60, 69 ff. – intel inside.

³⁹⁵ Vgl. LG Mannheim MarkenR 2002, 60, 69 – intel inside, wonach für einen drei Jahre zurückliegenden Zeitraum und einer für diesen Zeitpunkt festgestellten Verkehrsbekanntheit von 18% ein Aufschlag von 9 % vorzunehmen ist.

³⁹⁶ Vgl. LG Mannheim MarkenR 2002, 60, 69 – intel inside

³⁹⁷ Vgl. BPatG GRUR 2004, 61, 63 – BVerwGE; BPatG vom 14.05.2003, Az.: 29 W (pat) 109/01, Nr. 43 – BSGE.

³⁹⁸ Z.B. für den Bereich der juristischen Fachliteratur; vgl. hierzu BPatG GRUR 2004, 61 – BVerwGE.

³⁹⁹ Vgl. BPatG vom 10.08.2010, Az.: 33 W (pat) 31/06 – SPAR.

(2) Schätzung eines zurückliegenden Verkehrsdurchsetzungsgrades aufgrund eines gegenwartsbezogenen Verkehrsgutachtens

Neben der Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung durch ein Gutachten, das den Verkehrsdurchsetzungsgrad für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt evaluiert, kann zur rückwirkenden Schätzung eines zurückliegenden Verkehrsdurchsetzungsgrades auch ein Verkehrsgutachten herangezogen werden, das die gegenwärtige Verkehrsdurchsetzung belegt.

Für eine derartige retrospektive Schätzung haben die Gerichte bzw. das DPMA Abschlüsse von dem für die Gegenwart ermittelten Verkehrsdurchsetzungsgrad vorzunehmen. Diese sind einzelfallbezogen, weshalb sie einer allgemeingültigen Berechnungsformel entbehren. Trotz zahlreicher Testergebnisse lässt sich ein „Eichkriterium zur Justierung“⁴⁰⁰ bzw. ein Abschlagsrichtwert für eine gesicherte retrospektive Feststellung nicht gewinnen. Zu unterschiedlich gestalten sich die von zahlreichen Faktoren beeinflussten Entwicklungen der Verkehrsdurchsetzung im jeweiligen Einzelfall.

Lediglich die Heranziehung weiterer Grundlagen wie etwa die eigene Sachkunde⁴⁰¹ des Gerichts, früher durchgeführte Umfragen⁴⁰², Erfahrungsgrundsätze⁴⁰³, weitere Sachvorträge⁴⁰⁴ oder gerichtsbekannte bzw. allgemeinkundige Erkenntnisquellen⁴⁰⁵ vermögen eine solche Schätzung zu rechtfertigen.

Die Gerichte und das DPMA verfügen daher über einen Beurteilungsspielraum, in den neben den vorgenannten Schätzungsgrundlagen auch der Wert der ermittelten Verkehrsdurchsetzung und der zurückliegende Zeitraum hineinwirken. Die in den ergange-

⁴⁰⁰ Vgl. Schulz MA 1984, 143, 146, der einen aus Erfahrungswerten gewonnen allgemeingültigen Abschlagswert für möglich erachtete; „aus Testserien gewonnen Durchschnittswerte als Eichkriterium zur Justierung“.

⁴⁰¹ Vgl. BGH GRUR 1997, 308, 310 – Wärme fürs Leben; OLG Hamburg GRUR 1983, 140, 143 – Dimple, wonach ein hoher Bekanntheitsgrad sich nur über viele Jahre erzielen lässt oder eine Verkehrsdurchsetzung bei einem Produkt gehobener Preisklasse und Qualität erschwert sein soll.

⁴⁰² Vgl. BGH GRUR 1991, 863, 866 – Avon; OLG Köln GRUR 1985, 559, 561 – CAMEL.

⁴⁰³ Vgl. LG Mannheim MarkenR 2002, 60, 69 – intel inside; Niedermann/Schneider sic! 2002, 815, 829.

⁴⁰⁴ Vgl. BGH GRUR 1963, 622, 623 – Sunkist; OLG München GRUR 1983, 622, 625 – ALCANTARA; OLG Hamburg GRUR 1983, 140, 143 – Dimple. Berücksichtigt werden z.B. Umsatzzahlen und Werbeaufwendungen, die in vergleichbarem Umfang auch in der Vergangenheit festgestellt werden können und so einen entsprechenden Rückschluss für die Vergangenheit rechtfertigen, sowie demoskopische Privatgutachten. Es gilt allerdings zu beachten, dass stetige Benutzung zu einer beständigen Erhöhung der Verkehrsdurchsetzung führt.

⁴⁰⁵ Vgl. BGH WRP 1998, 1181, 1183 – MAC Dog, das insofern lediglich beanstandet, dass hierzu keine weiteren Ausführungen erfolgt sind. Als zusätzliche Erkenntnisquelle kommen z.B. neutrale Kommunikationsanalysen für Anzeigekunden in Betracht, BGH GRUR 1991, 863, 866 – Avon.

nen Entscheidungen⁴⁰⁶ vorgenommenen Abschläge variieren z. B. zwischen „annähernd konstant geblieben“^{407, 408}, 7 %⁴⁰⁹, 11 %⁴¹⁰ bis zu „erheblichen Abstrichen“⁴¹¹ oder einem bestimmten Faktor, mit dem der gefundene Durchsetzungsgrad zu multiplizieren sei⁴¹².

Nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen sind Fallgestaltungen denkbar, die ohne Abstriche von aktuell ermittelten Werten ein hinreichend zuverlässiges Bild der damaligen Auffassung der beteiligten Verkehrskreise zeichnen.⁴¹³ Demzufolge muss es grundsätzlich möglich sein, auf gesicherte Erkenntnisse aus der Vergangenheit zurückzugreifen. Dies erscheint zudem nur dann gerechtfertigt, wenn die tatsächlichen Gegebenheiten über viele Jahre hinweg unverändert geblieben sind und somit nicht mit einer Wahrnehmungsänderung innerhalb der beteiligten Verkehrskreise zu rechnen ist.⁴¹⁴ Eine derartige Konstanz der wirtschaftlichen und tatsächlichen Gegebenheiten könnte wie bereits oben ausgeführt allenfalls in speziellen, marktunabhngigen Fachkreisen anzutreffen sein.⁴¹⁵

Liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass während der Zeit von der Markenmeldung bis zur Verkehrsbefragung durch ein Meinungsforschungsinstitut wesentliche Änderungen auf dem relevanten Markt eingetreten sind, dann kann in der Regel der Schluss gezogen werden, dass eine Marke, die zum Zeitpunkt der Verkehrsbefragung

⁴⁰⁶ Die ergangenen Entscheidungen differieren in der Bezugsgrundlage. So wird zum einen der Bekanntheitswert (z.B. BGH GRUR 1985, 550, 551 – Dimple; BPatG GRUR 2011, 232, 238 – Gelbe Seiten; LG Mannheim MarkenR 2002, 60, 69 – intel inside) für maßgeblich erachtet, zum anderen der Zuordnungs- bzw. Kennzeichnungsgrad (z.B. OLG Köln GRUR 1985, 559, 561 – CAMEL). Für die hnehin vorzunehmende Einzelfallabwägung hat dies jedoch keine Auswirkung.

⁴⁰⁷ Vgl. OLG Köln GRUR 1985, 559, 561 – CAMEL: Ergebnisse früherer Befragungen erlaubten den Schluss, dass sich der hohe Bekanntheitsgrad von 70 % in den letzten 11-12 Jahren seit dem Prioritätstag annähernd konstant verhielt.

⁴⁰⁸ Ohne maßgeblichen Abschlag für den Zeitraum zwischen Februar/März 2012 (Gutachten) und März 2011 (Anmeldung) BPatG vom 24.04.2013, Az.: 26 W (pat) 568/12 – Blau/Silber.

⁴⁰⁹ Vgl. BGH GRUR 1985, 550, 551 – Dimple: Ausgehend von etwa 40 % Mitte Mai 1981 ist von einem Bekanntheitsgrad zur Zeit der Warenzeichenanmeldung am 22. Dezember 1976 von einem Drittel auszugehen. Genau wie im Fall OLG München GRUR 1983, 622, 625 – ALCANTARA wird der Abschlag vom Bekanntheitsgrad und nicht vom Zuordnungs- bzw. Kennzeichnungsgrad gemacht.

⁴¹⁰ Vgl. OLG München GRUR 1983, 622, 625 – ALCANTARA: ausgehend von ca. 46 % ein Abschlag für einen 3 ½ Jahre zurück liegenden Zeitpunkt von 11 %.

⁴¹¹ Vgl. BGH GRUR 1963, 622, 623 – Sunkist: für einen 3 ½ Jahre zurückliegenden Zeitraum seien „erhebliche Abstriche zu machen“.

⁴¹² Vgl. BPatG vom 26.01.2009, Az.: 25 W (pat) 8/06 – Jugendherberge

⁴¹³ Vgl. BPatG GRUR 2004, 61, 63 – BVerwGE.

⁴¹⁴ Vgl. BPatG vom 05.08.2013, Az.: 29 W (pat) 90/12 – Farbmarke Gelb, wonach für ein zweisprachiges Wörterbuch „die Ergebnisse des Gutachtens aus dem Jahr 2009 auch Rückschlüsse auf den Bekanntheitsgrad der angegriffenen Marke im Zeitpunkt der Anmeldung im Jahr 1996 zulassen“.

⁴¹⁵ Z.B. für den Bereich der juristischen Fachliteratur; vgl. hierzu BPatG GRUR 2004, 61 – BVerwGE.

die Voraussetzung der Verkehrsdurchsetzung bei weitem verfehlt hat, auch zum Zeitpunkt der Anmeldung nicht durchgesetzt gewesen ist.⁴¹⁶

Auf der anderen Seite mag es auf Grund einer inzwischen eingetretenen Marktliberalisierung und daher einer vermehrten Anzahl von in Frage kommenden Rechtsträgern oder sonstigen tatsächlichen Gegebenheiten gerechtfertigt sein, für die Vergangenheit von einem höheren Wert auszugehen.⁴¹⁷

Allgemein sollte diese Form der Tatsachenaufklärung jedoch wirklich nur in Ausnahmefällen erfolgen, da die rückbezogene Feststellung kaum zuverlässig getroffen werden kann.^{418, 419}

(3) Grenzen der retrospektiven Ermittlung

Sind hingegen keine weiteren Schlussfolgerungen möglich, so ist das demoskopische Gutachten als ungeeignetes Beweismittel abzulehnen⁴²⁰. Dies ist auch dann notwendig, wenn in einem Verfahren für die kennzeichenrechtlichen Ansprüche des Prätendenten gerade eine rückwirkende Verkehrsgeltung den Ausschlag gibt und eine zuverlässigere Methode nicht zur Verfügung steht.⁴²¹ Die Demoskopie stößt an ihre Grenzen, wo die menschlichen Ermittlungssubjekte keine exakten demoskopischen Ergebnisse liefern und eine Bezugnahme auf das ermittelte Ergebnis zur Feststellung der Verkehrsdurchsetzung einer reinen Spekulation gleichkäme. Dies wird dem juristischen Streben nach Wahrheitsfindung aufgrund von nachweisbaren bzw. nachgewiesenen Tatsachen nicht mehr gerecht. Sollte auch mittels anderweitigen Tatsachenvortrags kein Nachweis der Verkehrsdurchsetzung gelingen, müssen allgemein prozessrechtliche Grundsätze zu einer Entscheidung zuungunsten des Beweis- oder Nachweisbelasteten

⁴¹⁶ Vgl. BGH GRUR 2010, 138, 142, Nr. 48 – ROCHER-Kugel; BGH GRUR 2009, 669, 673, Nr. 31 – POST II; BPatG MarkenR 2013, 234 – TOTO.; kritisch dagegen *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 539.

⁴¹⁷ Vgl. BPatG vom 05.08.2013, Az.: 29 W (pat) 90/12 – Farbmarke Gelb, wonach auf der Grundlage eines im Jahre 2009 für ein zweisprachiges Wörterbuch erstellten Gutachtens davon auszugehen sei, dass durch die Verbreitung von mobilen Internetzugängen eher 1996 ein höherer Verkehrsdurchsetzungsgrad vorlag; BPatG GRUR 2011, 232, 237 – Gelbe Seiten, wonach „die für das Jahr 2008 festgestellte Verkehrsbekanntheit von 67,5 % angesichts der Marktveränderung und Unklarheiten über Rechtsträger im Zeitpunkt der Eintragung (1998) weit höher gewesen sein muss.“.

⁴¹⁸ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 539 für die rückbezogene Feststellung des Nichtvorliegens von Tatsachen in der Vergangenheit.

⁴¹⁹ Vgl. auch BPatG GRUR 2013, 844, 848 – Sparkassen-Rot, wonach ein Verkehrsgutachten in einem der Liberalisierung unterworfenen Sektor (Bankensektor) keinen sicheren Rückschluss auf ein vor rund 3,5 Jahren liegenden Zeitpunkt zulasse.

⁴²⁰ Vgl. BPatG Mitt. 1985, 74, 75 – Zürich.

⁴²¹ A.A.: Knaak 1986, S. 75, der dies lediglich für die verfahrensrechtliche Situation des Anmeldeverfahrens annimmt und dies nicht über den Einzelfall (BPatG Mitt. 1985, 74, 75 – Zürich) hinaus verallgemeinern will.

führen. Entgegen der von Knaak⁴²² vertretenen Ansicht ist ein Rückgriff auf die Demoskopie in einem solchen Fall selbst dann nicht möglich, würde sie neben anderen ungeeigneten Beweismitteln die zuverlässigste Methode darstellen.

Jedoch sind die voran zitierten Entscheidungen⁴²³ insofern unrichtig, als sie die Eignung eines Nachweises der Verkehrsdurchsetzung durch die Erhebung eines Verkehrsgutachtens mit absoluter Bestimmtheit versagen. Diese Zurückweisung ist nur dann gerechtfertigt, wenn keine weiteren Entscheidungsgrundlagen vorgelegt werden, die im Zusammenspiel mit dem Verkehrsgutachten ein ausreichend sicheres Bild vom Verkehrsdurchsetzungsgrad erwarten lassen. Zudem muss sichergestellt sein, dass aufgrund einer Dynamik am Markt kein über Jahre hinweg konstanter Verkehrsdurchsetzungsgrad besteht.⁴²⁴ Auch könnte die Entwicklung von Marktanteilen, Werbemaßnahmen und Ähnlichem an die Entwicklung des Verkehrsdurchsetzungsgrades gekoppelt sein, was im Ergebnis Rückschlüsse auf eine ehemals vorliegende Verkehrsdurchsetzung zulässt. In der für die Verkehrsdurchsetzung relevanten Praxis kommt es vor, dass Unternehmen regelmäßige Untersuchungen durchführen lassen, um diese im Bedarfsfall vorzulegen. So bietet z. B. das Institut für Demoskopie Allensbach ein umfangreiches Archiv von Marketingumfragen, auf deren Grundlage die Institute zuverlässig einschätzen können, welcher Durchsetzungswert in der Vergangenheit vorlag.

(4) Schätzung eines gegenwärtigen Verkehrsdurchsetzungsgrades aufgrund eines zurückliegenden Verkehrsgutachtens

Umgekehrt kann es sein, dass auf der Grundlage eines in der Vergangenheit durchgeführten Gutachtens der gegenwärtige Verkehrsdurchsetzungsgrad ermittelt bzw. geschätzt werden soll. Die soeben unter Ziffer (2) getätigten Ausführungen sind dann entsprechend übertragbar. Je länger das Verkehrsgutachten zurückliegt, desto eher ist davon auszugehen, dass sich der Verkehrsdurchsetzungsgrad geändert hat, und desto weniger stellt das damals erstellte Verkehrsdurchsetzungsgutachten eine geeignete Tatsa-

⁴²² Vgl. Knaak 1986, S. 75

⁴²³ Vgl. BPatGE 19, 229, 234 – Interglas; BPatGE 26, 231, 236 – Zürich; BPatGE 28, 44, 50 – BUSINESS WEEK; BPatG GRUR 1997, 833, 835 – digital.

⁴²⁴ Insofern richtig OLG Köln GRUR 1985, 559, 560 – CAMEL, das einerseits das vergangenheitsbezogene Verkehrsgutachten ablehnt, andererseits aber anhand von durch das gegenwartsbezogene Verkehrsgutachten gewonnen Erkenntnissen und anderen Hilferwägungen einen ausreichenden Kennzeichnungsgrad bejaht.

chengrundlage dar.⁴²⁵ Nur in Ausnahmefällen sind auch bei länger zurückliegenden Verkehrsgutachten die damals ermittelten Verkehrsdurchsetzungsgrade auf die Gegenwart übertragbar.⁴²⁶ Nämlich dann, wenn auf Grund einer für die Zeitspanne zwischen beiden Zeitpunkten zu treffenden Gesamtschau anzunehmen ist, dass sich das Verkehrsverständnis und damit der Verkehrsdurchsetzungsgrad nicht geändert hat. Denkbar ist eine solche Konstanz jedoch lediglich in sehr statischen Märkten. Eine Bekanntheit, die in einem früheren Prozess festgestellt worden ist, bestehe in der Regel fort, wenn die Feststellung erst vor kurzem erfolgt ist oder das Zeichen in derselben Weise auf einem unveränderten Markt weiter benutzt worden ist.⁴²⁷

b) Nachträgliche Verkehrsdurchsetzung

Gelingt dem Anmelder der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung erst im Laufe des Anmeldeverfahrens, kommt unter Umständen eine Prioritätsverschiebung nach § 37 Abs. 2 MarkenG⁴²⁸ in Betracht, die ihm die Möglichkeit eröffnet, die Anmeldung unter der Voraussetzung aufrechtzuerhalten, dass derjenige Tag als Anmeldetag gelten soll, an welchem die Verkehrsdurchsetzung nachgewiesen werden kann.^{429, 430} Ist eine Zeitrangverschiebung allerdings erforderlich, so setzt die Markenstelle als für die Bestimmung des Zeitrangs nach § 6 Abs. 2 MarkenG maßgeblichen Tag den Eingangstag des Umfrageergebnisses fest und fordert den Anmelder unter Fristsetzung zur Abgabe einer Einverständniserklärung auf.⁴³¹

Auf den verfahrensrechtlichen Anmeldetag i.S.v. § 33 Abs. 1 MarkenG hat dies gem. § 18 MarkenV keine Auswirkung. Dementsprechend ist für die Schutzdauer des Zeichens und seine Verlängerung nach § 47 MarkenG ebenso ausschließlich der Anmeldetag maßgeblich.

⁴²⁵ Vgl. BGH GRUR 2009, 766, 770, Nr. 40 – Stofffähnchen, wonach aber kein sicherer Rückschluss auf ein vor mehr als 10 Jahren erstelltes Gutachten möglich sei.

⁴²⁶ Vgl. BPatG GRUR 2011, 232, 237 – Gelbe Seiten. In der Entscheidung wurde nicht beanstandet, dass die Markenstelle sich bei der Entscheidung über die Eintragung im Jahre 1998 an einem Gutachten aus dem Jahre 1982 orientierte, da keine Anhaltspunkte für ein verändertes Markenumfeld und Verkehrsverständnis ersichtlich waren.

⁴²⁷ Vgl. BGH GRUR 1989, 510, 512 – Teekanne II; Dobel S. 155.

⁴²⁸ Vgl. § 18 MarkenV; Markenanmeldungsrichtlinie Ziff. IV.5.18 (**Anhang II**).

⁴²⁹ Vgl. BPatG vom 28.09.2005, Az.: 29 W (pat) 82/04, Nr. 27 – freenet.de; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 540.

⁴³⁰ Im Recht der Gemeinschaftsmarken besteht diese Möglichkeit nicht; vielmehr muss die Verkehrsdurchsetzung stets im Zeitpunkt der Anmeldung vorliegen (vgl. EUGH GRUR Int 2009, 917, Nr. 42-49 – Imagination Technologies/HABM).

⁴³¹ Vgl. Markenanmeldungsrichtlinie Ziff. IV.5.18 (**Anhang II**).

c) Dauer der Verkehrsdurchsetzung

Nicht entscheidungserheblich ist dagegen die Dauerhaftigkeit der Verkehrsdurchsetzung. Einer lang andauernden Benutzung, die in Art und Umfang den Anschein erweckt, prinzipiell zur Begründung einer Verkehrsdurchsetzung geeignet zu sein, kann zwar eine Indizwirkung für die Verkehrsdurchsetzung zukommen. Allerdings sind auch bei intensiver, kurzzeitiger Benutzung und hohem Werbeaufwand in relativ kurzer Zeit für den Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung ausreichende Verkehrsdurchsetzungsgrade zu erreichen.⁴³²

d) Maßgeblicher Zeitpunkt der Verkehrsmeinung

Die Frage, welcher Zeitpunkt für die Bewertung der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise maßgeblich ist, wurde vom EuGH so entschieden, dass zwar dem Zeitpunkt der Kaufentscheidung einer Ware oder der Entscheidung über die Inanspruchnahme einer Dienstleistung besondere Bedeutung zukommt. Zugleich betont der EuGH aber auch, dass jegliche Auseinandersetzung mit der Marke relevant sein kann, ganz egal ob die Konfrontation vor der Kaufentscheidung stattfindet, etwa durch Werbung, oder zu dem Zeitpunkt, zu dem die Ware verbraucht wird.⁴³³

Problematischer wird die Angelegenheit dann, wenn sich die Konfrontation des Verkehrs mit der Marke lediglich in begrenzten Zeiträumen abspielen kann. So ist bei saisonal vertriebenen Waren oder erbrachten Dienstleistungen naheliegend und auch zulässig, eine Verkehrsbefragung im engen zeitlichen Zusammenhang zu dem jeweiligen Saisongeschäft durchzuführen.⁴³⁴ Wenn entsprechende Produkte oder Dienstleistungen auch nur zu dieser Zeit von Wettbewerbern am Markt positioniert werden, ist auch die Chancengleichheit der Konkurrenten in Bezug auf die Bekanntheit ihrer Marken bei den jeweiligen Verkehrskreisen gewährleistet.⁴³⁵ Der saisonale Charakter muss jedoch auch im Waren- und Dienstleistungsverzeichnis einen entsprechenden Nieder-

⁴³² Vgl. BGH GRUR 2006, 679, 682, Nr. 24 – Porsche Boxster; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 535.

⁴³³ Vgl. EuGH GRUR Int 2006, 842, 846, Nr. 71 f. – Form eines Bonbons II; Lange Rn. 1031; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 536.

⁴³⁴ Vgl. BPatG GRUR 2011, 68, 73 – Goldhase in neutraler Aufmachung unter Hinweis auf BGH GRUR 2007, 235, 237 f., Nr. 24 – Goldhase.

⁴³⁵ Vgl. BPatG GRUR 2011, 68, 73 – Goldhase in neutraler Aufmachung.

schlag finden.⁴³⁶ Das BPatG verkannte in seiner Entscheidung⁴³⁷ die Notwendigkeit einer dahingehenden Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses.

Andererseits muss es dem Anmelder auch unbenommen bleiben, die Verkehrsdurchsetzung auch über den saisonalen Zeitrahmen hinaus nachzuweisen und das Zeichen ohne Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses eintragen zu lassen. Der Verkehrsdurchsetzungsnachweis kann nur durch eine Verkehrsbefragung geführt werden, die nicht in einem zeitlichen Zusammenhang zu dem jeweiligen Saisongeschäft durchgeführt wurde. Ein Verkehrsdurchsetzungsnachweis ohne ein Verkehrsgutachten ist in diesem Zusammenhang kaum vorstellbar, da sämtliche Angaben wie z.B. zum Umsatz oder Marktanteil saisonal bedingt sind. Das Zeichen wird zwar außerhalb der Saison nicht markenmäßig benutzt. Da die außerhalb der Saison nachgewiesene Verkehrsdurchsetzung aber auf einer markenmäßigen Benutzung während der Saison basiert, ist die fehlende Benutzung dem Anmelder nicht entgegenzuhalten.

6. Meinungsforschungsinstitut und Interviewer

a) Allgemeine Kriterien

Zur Erstellung eines rechtsdemoskopischen Gutachtens ist grundsätzlich jedes Unternehmen befähigt, das über Erfahrung im Bereich der Marktforschung und über die erforderlichen personellen und organisatorischen Ressourcen verfügt. Die sog. demoskopischen Institute müssen einen Fachmann aus ihren Reihen abstellen, der in der Lage ist, der Behörde die statistischen Ergebnisse zu erläutern. Diese Person muss zudem über hinreichend rechtliche Kenntnisse verfügen, um die Relevanz ihrer Begutachtung für die behördliche Entscheidung einschätzen zu können.⁴³⁸ Es zählt zu den Obliegenheiten der Institute, von sich aus darauf hinzuweisen, wenn sie im Einzelfall befangen sind, also z. B. in direkten oder indirekten Geschäftsbeziehungen zum Anmelder stehen.⁴³⁹ Auf die Verwertbarkeit des Gutachtens dürfte sich eine solche Verbundenheit

⁴³⁶ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 537.

⁴³⁷ Vgl. BPatG GRUR 2011, 68, 73 – Goldhase in neutraler Aufmachung, wonach bei einer Formmarke in der Gestalt eines Osterhasen der saisonale Charakter zwar erkannt wurde und auch die Verkehrsbefragung zur Osterzeit durchgeführt wurde, die Marke jedoch für den allgemeinen Warenoberbegriff „Schokoladenwaren“ eingetragen war.

⁴³⁸ Vgl. *Jacobs/Jacobs* Vor § 13, Rn. 378.

⁴³⁹ Vgl. für das Gerichtsverfahren *Gloy/Loschelder/Ohde* (3. Auflage) § 20, Rn. 47; so auch Frau Niedermann im Interview mit Frau Niedermann vom Institut für Demoskopie Allensbach vom 29.11.2010.

wohl dennoch nicht auswirken, da die renommierten Institute zu Gefälligkeitsgutachten nicht bereit⁴⁴⁰ und sich dessen bewusst sind, dass etwaige Mängel bei der Durchführung des Verkehrsgutachtens durch andere Gutachten schnell aufgedeckt werden könnten.⁴⁴¹ Dies ist für das Eintragungsverfahren ebenso anzunehmen wie für ein Parteigutachten im Gerichtsprozess.

Im Allgemeinen erfolgt zur Erstellung eines Verkehrsdurchsetzungsgutachtens ein Rückgriff auf folgende Unternehmen, von denen bekannt ist, dass sie bereits des Öfftens mit der Durchführung rechtsdemoskopischer Gutachten beauftragt wurden.

Auswahl der führenden Meinungsforschungsinstitute im Rahmen der Verkehrsdurchsetzung:

- GfK AG, Nordwestring 101, 90319 Nürnberg
Telefon: 0911/395-0, Telefax: 0911/395-2209, E-Mail: gfk@gfk.com
- Infas Institut für angewandte Sozialwissenschaft GmbH, Friedrich-Wilhelm-Straße 18, 53113 Bonn
Telefon: 0228/3822-0, Telefax: 0228/310071, E-Mail: info@infas.de
- Institut für Demoskopie Allensbach, Gesellschaft zum Studium der öffentlichen Meinung mbH, Radolfzeller Straße 8, 78472 Allensbach
Telefon: 07533/805-0, Telefax: 07533/3048, E-Mail: info@ifd-allensbach.de
- IPSOS GmbH (2002 durch die Verschmelzung von INRA Deutschland und IPSOS Deutschland entstanden)
 - 20097 Hamburg, Sachsenstraße 6, Telefon: 040/80096-0, Telefax: 040/80096-4100, E-Mail: mailbox@ipsos.de
 - weitere Standorte befinden sich in Mölln, Berlin, Frankfurt und München (vgl. <http://www.ipsos.de/ueber-uns/standorte-deutschland>)
- Pflüger Rechtsforschung GmbH, Institut für Rechtsdemoskopie, Renatastraße 69, 80639 München, Telefon: 089/2070013-0, Telefax: 089/2070013-29, E-Mail: institut@rechtsforschung.de
- TNS
 - TNS EMNID, Stieghorster Straße 90, 33605 Bielefeld, Telefon: 0521/9257-0, Telefax: 0521/9257-333, E-Mail: centraloffice.bielefeld@tns-emnid.com

⁴⁴⁰ Vgl. Ahrens/Scharen 50. Kap., Rn. 34.

⁴⁴¹ Vgl. Gloy/Loschelder/Ohde (3. Auflage) § 20, Rn. 35

Die Einholung einer Meinungsumfrage ist vor allem für den weiteren Verlauf des Verfahrens als Sachverständigengutachten zu qualifizieren. Als verantwortlicher Sachverständiger fungiert entweder der Institutsleiter oder ein mit der Durchführung der Meinungsumfrage betrauter Mitarbeiter.

Fragenkatalog, Umfang der Stichprobe und die relevanten Verkehrskreise können, müssen aber nicht vor Auftragserteilung mit der Markenstelle abgestimmt werden, um die Verwertbarkeit des Gutachtens sicherzustellen.⁴⁴² Anderenfalls könnte die damit einhergehende Verzögerung von einem $\frac{3}{4}$ Jahr bis hin zu einem Jahr eingespart werden.⁴⁴³

b) Anforderungen an Gutachter und Gutachten

Der demoskopische Gutachter fungiert im Eintragungsverfahren als „Gehilfe“: Er hilft dem Prüfer, anhand des demoskopischen Gutachtens eine angemessene Entscheidung zu treffen. Deshalb hat sein Gutachten die gestellte Beweisfrage klar und ausreichend fundiert zu beantworten. Es soll den Prüfer beim DPMA in die Lage versetzen, nach genauer Überprüfung des Umfrageergebnisses eine selbstständige Entscheidung zu treffen.

Das Gutachten hat hierzu bestimmten formalen Anforderungen zu entsprechen:

- Die gestellte Untersuchungsaufgabe muss klar umrissen sein.
- Die verwendeten Testfragen müssen im genauen Wortlaut dokumentiert sein.
- Die Befragungsergebnisse müssen in übersichtlich angeordneten, allgemein verständlichen Tabellen dargestellt und erläutert werden.
- Die Art und Weise, wie die Interviews zustande kamen, ist korrekt zu beschreiben (so ist etwa die Art des Interviews und des Auswahlverfahrens, die Anzahl der Interviews, der genaue Befragungszeitraum und die Anzahl der eingesetzten Interviewer sowie die Durchschnittszahl der pro Interviewer durchgeführten Interviews anzugeben).
- Die Repräsentanz der Ergebnisse ist durch einen Vergleich der repräsentativen Zusam-

⁴⁴² Vgl. Markenanmeldungsrichtlinie Ziff. IV.5.17. (**Anhang II**); BIPMZ 2005, 245, 255.

⁴⁴³ Vgl. Kap. E.I.2.a).

mensetzung der befragten Gruppe mit den Daten der amtlichen Statistik nachzuweisen.

- Besondere Interviewverfahren und mögliche Fehlerquellen, die für die Interpretation der Ergebnisse von Bedeutung sein können, müssen kenntlich gemacht werden.
- Die Ausführungen sollen sich auf eine sachliche, tabellarische und verbale Darstellung der Untersuchungsbefunde beschränken. Ergänzungen, die dem besseren Verständnis dienen, sind ebenso vorzulegen.

c) Die Interviewer

Eine wichtige Komponente stellt das Netzwerk aus mehreren Interviewern dar, welche die entsprechenden Feldtests durchführen. Sie ermöglichen es, einen für die Bundesrepublik repräsentativen Querschnitt von 2.000 Personen zu befragen, ohne jedoch 300 Orte zu bereisen zu müssen. Zudem ergibt sich eine erhebliche Zeitersparnis, da alle Befragungen in einer Woche durchgeführt werden können, während ein Einzelner mindestens vier Monate damit beschäftigt wäre. Die Zwischenschaltung der Interviewer gewährleistet darüber hinaus, dass der Untersuchungsleiter in diesem Verfahrensschritt weder unbewusst noch bewusst Einfluss auf die Ergebnisse ausüben kann. Die Interviewer werden über die Hintergründe der Befragung, den Anmelder und im Fall eines Gerichtsverfahrens über die Prozessparteien im Interesse vollständiger Neutralität und Unbefangenheit nicht informiert. Selbstverständlich lässt sich nicht ausschließen, dass die Interviewer bei der im Verkehrsdurchsetzungsverfahren typischerweise vorliegenden hohen Verkehrsbekanntheit des Zeichens ohnehin auf den Zeicheninhaber schließen. Soweit dies aber möglich ist, soll die fehlende Informationsweitergabe ein objektives Ergebnis sicherstellen.⁴⁴⁴ Gute Institute beauftragen jeden Interviewer überdies nur mit fünf bis maximal zehn Befragungen.⁴⁴⁵

Der Interviewer kann durch sein Auftreten, seine Mimik, seine Betonung und seine Aussprache die Antwort des Befragten beeinflussen. Deshalb ist es zwingend notwendig, dass er seine eigene Einstellung zum Untersuchungsgegenstand verbirgt. Er darf weder Befremden oder Missbilligung bezüglich Aussagen des Befragten zeigen noch

⁴⁴⁴ Vgl. Noelle-Neumann, GRUR 1968, S. 133, 134.

⁴⁴⁵ Vgl. Eichmann GRUR 1999, 939, 952; vgl. auch Schnell/Hill/Esser S. 318 „deutlich weniger als zehn“. Die Zahlen sind auf die persönlichen Interviews (Vgl. Kap. E.I.12.a)) und das Random-Verfahren (Vgl. Kap. E.I.11.c)aa)) bezogen. Beim Institut für Demoskopie Allensbach, welches beinahe ausschließlich das Quoten-Verfahren (Vgl. Kap. E.I.11.c)bb)) anwendet, werden sogar nur 2-3 Interviews je Interviewer durchgeführt. Bei Telefoninterviews sind die Interviews je Interviewer dagegen zahlreicher.

eine irgendwie geartete Zustimmung signalisieren, wenn der Befragte die richtigen Antworten gibt. Hilfreich ist eine Haltung freundlichen Gewährenlassens.⁴⁴⁶ Befragungen ein und desselben Interviewers ähnelten sich in der Regel mehr, als der Zufall erwarten lasse.⁴⁴⁷ Daraus resultiert eine Unterschätzung der Varianz in der Grundgesamtheit,⁴⁴⁸ d. h. die als Korrekturmaßstab angesetzte Varianz wird geringer geschätzt als zum Ausgleich des Fehlers nötig.

Bei den Interviewern selbst handelt es sich für gewöhnlich um freie Mitarbeiter, die die Interviews im Rahmen einer Nebentätigkeit durchführen. Um den vorgenannten Auswirkungen des Interviewers entgegenzuwirken, ist es wichtig, dass der Interviewer der Befragungsklientel entsprechend gekleidet ist, einen seriösen, aber an der befragten Person interessierten, gleichwohl nicht aufdringlichen Eindruck vermittelt und in einer Interviewerschulung trainiert wurde.

7. Der Fragenkatalog und die Zeichenvorlage

Hauptbestandteil eines demoskopischen Gutachtens zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung ist der Fragebogen, nach dessen Formulierung und Anordnung jede einzelne Befragung ablaufen soll. Die Umwandlung der Beweisfrage⁴⁴⁹ in eine methodisch saubere und abfragbare Form stellt damit die Grundvoraussetzung einer verwertbaren Erhebung dar.⁴⁵⁰ Beweisziel ist die Feststellung, inwieweit das Publikum die jeweilige Bezeichnung, das jeweilige Merkmal oder die Form eines Gegenstandes usw. als Marke wahrnimmt. Um die einzelnen Antworten statistisch auswerten zu können, sind die zu stellenden Fragen vorher verbindlich festzulegen. Die Erstellung tragfähiger Fragenkataloge gestaltet sich bei denjenigen Verfahren, welche die Feststellung eines bei den befragten Personen bereits vorhandenen bzw. nicht vorhandenen Wissens anvisieren (etwa bei der Verkehrsdurchsetzung), unproblematischer als bei den Fällen der Auffassungserforschung (etwa bezüglich der Irreführung im Wettbewerbsrecht). Die Anforderungen bleiben jedoch dieselben.

⁴⁴⁶ Vgl. Maccoby/Maccoby in König S. 63.

⁴⁴⁷ Vgl. Fowler/Mangione S. 25.

⁴⁴⁸ Vgl. Fowler/Mangione S. 27 ff.

⁴⁴⁹ Etwa: Inwieweit erkennen die beteiligten Verkehrskreise an einem bestimmten Merkmal, dass es sich um den Bestandteil des Markenzeichens eines Unternehmens handelt?

⁴⁵⁰ Vgl. zur Problematik der verschiedenen Denkansätze von Juristen und Demoskopern und den damit folgenden Komplikationen zwischen den juristisch bedingten Erfordernissen auf der einen und dem demoskopisch Möglichen auf der anderen Seite schon Noelle-Neumann/Schwarzenauer MA 1973, 331.

a) Die Lehre von der Frage (Grundregeln)

Die folgenden Ausführungen geben eine Reihe allgemeiner Grundprinzipien wieder, deren Verletzung für gewöhnlich auf Seiten des Befragten Verwirrung, Unverständnis oder „verzerrte“ Antworten hervorruft und folglich die Gültigkeit sowie Zuverlässigkeit der Datenerhebung gefährdet, wodurch das Gutachten für den Zweck des Verkehrsdurchsetzungsnachweises unverwertbar wird. Die Formulierung von Interviewfragen orientiert sich für gewöhnlich an dem klassischen Werk Stanley L. Paynes „The Art of Asking Questions“ von 1951.⁴⁵¹

Die Form einer Frage und der Kontext, in dem sie gestellt wird, können Befragte dazu verleiten, die für sie subjektiv richtige Antwort zu verfälschen. Die Fragen müssen daher klar sein, kontinuierlich aufeinander folgen und dem Durchschnitt der in Betracht kommenden Verkehrskreise verständlich sein. Bei der Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung werden Informationen von Befragten im gesamten Bundesgebiet eruiert. Dies setzt die Existenz und Anwendung einer einheitlichen Sprache und eines gleichartigen Stimuluscharakter⁴⁵² voraus. Diese Annahme gestaltet sich nicht nur in Bezug auf Dialekt und Unterschiedlichkeit der vom Bildungsgrad abhängigen Sprachebenen problematisch, ebenso sind zusätzliche Sprachbarrieren zu berücksichtigen, die bei der multikulturellen Vielschichtigkeit in Deutschland innerhalb mancher Bevölkerungsteile, die ebenfalls zu den beteiligten Verkehrskreisen zählen, bestehen und Verständnisschwierigkeiten hervorrufen.

Dennoch lassen sich z. T. allgemeingültige Vorgaben aufführen, die einen Standardisierungseffekt bewirken und deshalb bei der Erstellung des Fragekatalogs einzuhalten sind.

aa) Einfachheit

Die Fragen sollten so einfach wie mit dem sachlichen Zweck der Fragestellung zu vereinbaren formuliert sein. Dies impliziert, dass Fragen möglichst kurz⁴⁵³ gehalten werden sollen, grammatikalisch schwierige Konstruktionen zu vermeiden sind (doppelte Verneinung), der Interviewer sich der Alltagssprache möglichst anzunähern hat und bei

⁴⁵¹ Payne, S. 228 gibt eine Checkliste mit 100 der wichtigsten Erwägungen für die Erstellung von Fragebögen wieder.

⁴⁵² Vgl. Scheuch in König Bd. 3a, S. 77; als Stimuluscharakter beschreibt man die interpersonelle Wirkung, die eine Person auf eine andere ausübt.

⁴⁵³ Payne S. 136 ff. bezeichnet die Verwendung von 20 Worten in einer Frage als Höchstgrenze.

Unterstellungen bezüglich des Wissensstands der Befragten äußerst vorsichtig vorgehen muss.⁴⁵⁴ Eine Definition sollte Fremdwörter oder Spezialbegriffe, falls unvermeidbar, erläutern. Termini aus der Rechtssprache müssen daher in allgemein geläufige Begriffe übertragen oder durch Umschreibungen verständlich gemacht werden. Schließlich kann eine komplizierte und dadurch für den Befragten unverständliche Fragestellung das Beweisergebnis um 10-20 % verzerren.⁴⁵⁵

bb) Eindeutigkeit

Darüber hinaus sollten Fragen so eindeutig⁴⁵⁶ gestellt sein, dass für alle Befragten ein konkret nachvollziehbarer Bezugsrahmen entsteht. Diese Forderung wird häufiger missachtet, da nur die wenigsten Begriffe vollkommen eindeutig erscheinen und sich die befragten Verkehrskreise zudem oftmals juristisch geprägten Sprachvorstellungen gegenübersehen. Daraus resultieren im Gegensatz zum alltäglichen Gespräch besondere Schwierigkeiten für das Interview, da im Alltag die Situation, in der sich ein Gespräch vollzieht, unterschiedliche Interpretationen einer Mitteilung meist ausschließt. Bei der Erstellung des Fragebogens ist überdies darauf zu achten, dass Antwortkategorien disjunkt sind und sich jede Person zweifelsfrei einer einzigen davon zuordnen kann. Auch müssen die Fragen schlüssig auf die jeweiligen Vorfragen abgestimmt sein.⁴⁵⁷

Häufig kommt es zu einem Konflikt zwischen der Forderung, Fragen einfach zu formulieren, und der Forderung, Fragen unzweideutig zu formulieren. Im Zweifel ist die eindeutigere Frage vorzuziehen.

cc) Verbot der Überforderung

Eine Überforderung der Befragten ist zwingend zu vermeiden. Weder soll ihr Wissenstand überstrapaziert, noch dürfen ihnen zu viele Unterscheidungen abverlangt (etwa bei Mehrthemenumfragen) oder ihr Erinnerungsvermögen überbeansprucht werden (etwa bei retroskopischen Umfragen). Werden lange und komplexe Fragen vermieden sowie die Zeitspanne des Interviews gering gehalten, kann einer Überforderung der Interviewten unkompliziert entgegengewirkt werden. Die Fragen sollten zudem weder hypothetisch formuliert sein noch doppelte Negationen enthalten. Die Anzahl der abgefrag-

⁴⁵⁴ Vgl. Scheuch in König Bd. 3a, S. 78.

⁴⁵⁵ Vgl. Noelle-Neumann/Schramm GRUR 1958, 119, 123.

⁴⁵⁶ So können manche Wörter bereits für sich gesehen zwei- bzw. mehrdeutig sein. Payne S. 158 ff. führt für die englische Sprache die nach seiner Erfahrung problematischsten Wörter auf.

⁴⁵⁷ Vgl. etwa BPatG GRUR 2005, 337, 341 – VISAGE.

ten Waren oder Dienstleistungen für ein Zeichen sollte vier Produktgruppen nicht überschreiten. Ist die Verkehrsdurchsetzung für weitere Produktgruppen relevant, so sind diese im Rahmen einer gesonderten Begutachtung zu untersuchen.⁴⁵⁸ Zum Teil überschneidet sich diese Anforderung mit anderen, zum Teil geht sie jedoch über jene hinaus.

dd) Gebot der Neutralität

Der häufigste Grund für die Unverwertbarkeit eines Gutachtens oder die Minderung des Beweiswerts ist die Verwendung suggestiver Fragen⁴⁵⁹ oder Frageinhalte. Fragen sollten so neutral wie möglich gestellt werden, um zu verhindern, dass statt einer persönlichen Meinung ein öffentliches Vorurteil oder die persönliche Kenntnis des Fragenerstellers in die Antwort mit einfließt. Die Fragen sind neutral formuliert, wenn nicht nur jede Suggestivwirkung⁴⁶⁰ vermieden, sondern auch das rechtlich erhebliche Ergebnis scheinbar unbeabsichtigt gewonnen wird.⁴⁶¹

Die Befragung soll nach Möglichkeit keine vom alltäglichen Geschäftsleben abweichende Situation schaffen. Auch darf der Kontext einer Frage wie etwa vorangegangene Fragen und dazugehörige Antwortvorgaben deren Beantwortung nicht beeinflussen. Eine diesbezügliche Überprüfung des Fragenkatalogs ist problematisch und kann nur mittels Pretests oder unterschiedlicher Fragebögen erfolgen.

Die Fragen sollten zumindest formal balanciert sein, d. h. alle negativen und positiven Antwortmöglichkeiten enthalten und eine gleiche Gewichtung aufweisen, um den Befragten die Berechtigung jeder gewählten Antwort zu demonstrieren.

So bewertete das BPatG⁴⁶² eine Frage, die nicht nur den Namen desjenigen Unternehmens bzw. Herstellers hinterfragt, als dessen Kennzeichen oder Marke der Befragte

⁴⁵⁸ Pflüger GRUR 2006, 818, 822.

⁴⁵⁹ Vgl. Noelle-Neumann GRUR 1968, 133, die sich auf Karl Marbes Werk „Grundzüge der Psychologie“ bezieht, diesbezüglich wiederum basierend auf Otto Lippmann „Die Technik der Vernehmung vom psychologischen Standpunkte“. Danach gibt es vier Typen von Suggestivfragen: 1. Die Voraussetzungsfrage 2. Die unvollständige Disjunktionsfrage 3. Die Erwartungsfrage 4. Fragen, bei denen die Antwortalternativen nicht ausformuliert sind, z.B. Ja/Nein, wobei hier häufiger die Antwort Ja erfolge.

⁴⁶⁰ Definition: Nichtneutral oder suggestiv sind solche Fragen, welche jenseits der an sich bestehenden Reaktionsneigungen des Befragten die Wahl einer bestimmten Antwortkategorie nahe legen (Scheuch in König Bd. 2, S. 80).

⁴⁶¹ Auch „belastende“ Worte haben eine beeinflussende Wirkung und widersprechen dem Gebot der Neutralität. Bei der Verkehrsdurchsetzungsumfrage ist dies aber wohl kaum relevant. „Belastend“ sind etwa Wörter wie z.B. Bürokrat, Boss, Freiheit, Leistungswille, Ehrlichkeit.

⁴⁶² Vgl. etwa BPatG GRUR 2005, 337, 341 – VISAGE.

die in Rede stehende Bezeichnung kennt, sondern ausdrücklich und sogar an erster Stelle auch die Möglichkeit der Benennung einer Marke vorgibt („*Können Sie mir diese Marke ... nennen?*“), als eine unzulässige, auf die Nennung der mitbenutzten Marke hinzielende suggestive Beeinflussung. Ebenso wenig darf bei mehrteiligen Benutzungsformen dem Befragten vorgegeben werden, auf welchen Bestandteil es ankommt.⁴⁶³

Ist der Fragekatalog wegen erheblicher suggestiver Beeinträchtigung der Befragten nicht ohnehin unverwertbar, haben die zuständigen Prüfstellen, die Gerichte oder das DPMA, den in der Fachliteratur eingehend behandelten Suggestiv- und Leiteffekt der Fragestellung durch Abstriche zu berücksichtigen, deren Größenordnung allerdings wiederum mithilfe des Sachverständigengutachtens im Einzelfall zu erarbeiten ist.⁴⁶⁴ Ein von einer Partei beigebrachtes demoskopisches Gutachten ist wegen der ihm inhärenten größeren Gefahr einer Suggestivwirkung besonders sorgfältig zu prüfen und zu bewerten.

b) Die verschiedenen Fragetypen

aa) Angewandte Fragetypen im Allgemeinen

Am Anfang jeder rechtsdemoskopischen Umfrage steht, wie bereits ausgeführt, die Beweisfrage. Nach deren Übersetzung in Testfragen folgt die Durchführung der Befragung. Die Ausscheidungs-/Filterfrage⁴⁶⁵ ermittelt, welche der interviewten Personen zum beteiligten Verkehrskreis zählen. Mittels Gabelungen werden Befragten, die die Filterfrage positiv beantwortet haben, weitere Fragen gestellt, die jedoch in Abhängigkeit von der Art der Antworten unterschiedlich ausfallen. Zudem kann es zweckdienlich sein, die interviewte Person durch Unterweisungs-/Trainingsfragen für die Befragung und das Thema zu sensibilisieren. Entscheidend für den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung sind jedoch die Ergebnis-/Kernfragen. Nicht immer sind diese drei Fragegruppen erforderlich, und nicht immer erscheinen sie in der hier genannten Reihenfolge im verwendeten Fragebogen. Um diesbezüglich eine suggestive Wirkung zu vermeiden, kann es hilfreich sein, erst nach den Kernfragen die Filterfrage zu stellen. Nicht selten führt Letztere bereits auf eine ganz bestimmte Ware oder Dienstleistung hin und stellt

⁴⁶³ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 548.

⁴⁶⁴ Vgl. *Teplitzky WRP* 1990, 145, 148.

⁴⁶⁵ Etwa die Einstiegsfrage, ob die befragte Person schon einmal ... gekauft hat oder daran interessiert ist.

dadurch eine bestimmte Assoziationskette her.⁴⁶⁶ Nach Noelle-Neumann/Schramm (a.a.O.) dürfen die Filterfragen auch nicht unmittelbar auf die Kernfragen folgen, sondern müssen von diesen durch Frageserien aus anderen thematischen Bereichen getrennt erscheinen, sodass Befragter und Befrager keinen Zusammenhang zwischen Filterfragen und der Kernfrage erkennen. Letzteres ist bei Verkehrsdurchsetzungsgutachten allerdings nicht erforderlich. Die Filterfrage dient hier lediglich der Feststellung, ob die interviewte Person Teil des beteiligten Verkehrskreises ist. Eine zusammenhängende Fragestellung besitzt für das Ergebnis der Verkehrsbefragung keine Relevanz.

bb) Die offene und die geschlossene Frage

Die Ergebnisfragen können als geschlossene oder offene Fragen gestellt werden.⁴⁶⁷ Im Fall einer offenen Frage wie etwa „*Nennen Sie mir alle Jeansmarken, die Ihnen einfallen!*“ stehen dem Befragten keine alternativen Antwortvorgaben zur Verfügung, sodass er seine Antwort selbst formulieren muss. Bei der geschlossenen Frage besteht die Möglichkeit, weiter zu differenzieren. So sind bei einer geschlossenen Frage mit interner Vorgabe die Antworten in die Frageformulierung eingebaut,⁴⁶⁸ während die geschlossene Frage mit externer Vorgabe die Antworten in einer der Frage angehängten Liste zur Verfügung stellt. Letztere liegt in folgendem Fall vor: „*Kennen Sie diese Bezeichnung in Zusammenhang mit Jeans, oder ist sie Ihnen in diesem Zusammenhang ganz unbekannt?*“ - *Antwortmöglichkeiten:* „JA/NEIN/UNENTSCHIEDEN/KEINE ANGABE“.

In Deutschland wird die geschlossene Fragestellung als Dreischritt bevorzugt. Dies ist auf europäischer Ebene jedoch nicht allgemein üblich. So präferieren die Prüfer des HABM in der Absicht, eine neutrale, nicht suggestive Frageform zu gewährleisten, die offene Frage und vernachlässigen die geschlossene Frage, da sie dieser aufgrund der ihr unterstellten Suggestionwirkung einen geringeren Beweiswert beimessen.⁴⁶⁹ Mittler-

⁴⁶⁶ Vgl. Noelle-Neumann/Schramm S. 47 ff.

⁴⁶⁷ Ausführlich hierzu auch Dobel S. 108 ff.

⁴⁶⁸ Aufgrund der damit einhergehenden Überforderung der Befragten wäre eine geschlossene Frage mit interner Antwortvorgabe unzulässig, wenn sie aus mehr als drei Alternativen bestünde und/oder diese Alternativen nicht leicht merkbar und zu komplex wären; vgl. Holm, S. 53.

⁴⁶⁹ Vgl. HABM-BK vom 27.04.2004, Az.: R-0560/2003-1, Rn. 30 – VITAKRAFT, bestätigt durch EuG vom 12.07.2006, Az.: T-277/04, Rn. 39 – VITAKRAFT; HABM-BK vom 11.05.2004, Az.: R-0493/2003-1, Rn. 42 - motif d'essuie-tout, bestätigt durch EuG vom 17.01.2007, Az.: T-283/04 - Georgia-Pacific. Vgl. auch Levin S. 101 ff; Utz S. 53 ff.

weile schließen sich die Prüfer des HABM immer häufiger dem in Deutschland verwendeten Fragemodell an.⁴⁷⁰

Bei der offenen Frage handelt es sich um ein in der Marktforschung verbreitetes Abfragemodell für die sogenannte „Markenbekanntheit“⁴⁷¹, welches dort auch seinen Nutzen und seine Berechtigung hat. Für den Verkehrsdurchsetzungsnachweis ist sie jedoch ungeeignet.

Offene Fragen wie in der marktforscherischen Bekanntheitsabfrage können das vorhandene Wissen über Marken nicht vollständig abbilden. In den Antworten sind die Auffassungen weniger gebildeter, weniger formulierungsgewandter Befragter unterrepräsentiert.⁴⁷² Die offene Frage begünstigt diejenige Partei, die eine bestimmte und sie belastende Antwort nicht wünscht, da durch die offene Frage im demoskopischen Test nur ein Bruchteil der Vorstellungen und Kenntnisse der beteiligten Verkehrskreise zutage kommt. Für die meisten Markeninhaber fiele die Möglichkeit weg, das im Publikum vorhandene Wissen auch vollständig widerzuspiegeln.⁴⁷³ Die Befragten vergessen selbst naheliegende Antwortmöglichkeiten, obwohl sie im Bewusstsein durchaus existent sind.⁴⁷⁴ Die offene Frage ist darüber hinaus besonders anfällig gegenüber dem Einfluss des Interviewers, da es von dessen Wesensart abhängt, wie viel und was die Befragten antworten. Seine persönlichen Ansichten beeinflussen, was er aus der freien Antwort heraushört, und sein Eifer sowie seine Geschicklichkeit bestimmen, wie viel er von längeren Erklärungen aufschreibt und registriert.⁴⁷⁵ Darüber hinaus ist zu bemängeln, dass das Fragemodell, indem es sämtliche Marken abfragt, die dem Interviewten für bestimmte Waren oder Dienstleistungen einfallen, bereits einen Markencharakter voraus-

⁴⁷⁰ Vgl. HABM-BK vom 11. Januar 2006, Az.: R 0001/2005-4, Rn. 31 ff.– HILTI-Koffer, wo das deutsche Befragungsmodell ohne weiteres anerkannt wird. So auch Frau Niedermann vom Institut für Demoskopie Allensbach im Interview vom 29.11.2010. Außerdem wird in den Prüfungs-Richtlinien des HABM, abrufbar unter http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/CTM/guidelines/examination_de.pdf keine explizite Stellungnahme zur Zulässigkeit der geschlossenen Frage abgegeben (dort S. 63). Danach seien gut durchgeführte Meinungsumfragen ein besonders überzeugendes Beweismittel, insbesondere solche, in denen relevante Fragen gestellt werden, die keine Suggestivfragen sind, und bei denen die Befragten ordnungsgemäß ausgewählt werden, ohne dass bestimmte Personengruppen von vornherein bevorzugt werden. Dies gilt insbesondere für Meinungsumfragen oder Erhebungen, die von unabhängigen und angesehenen Organisationen oder Instituten durchgeführt werden.

⁴⁷¹ Z.B zur Ermittlung des monetären Markenwerts, vgl. Kap. B.IV.7.

⁴⁷² Vgl. Noelle-Neumann/Petersen, S. 129.

⁴⁷³ Vorteile brächte dieses Fragemodell lediglich für den Marktführer mit einer außerordentlichen Verkehrsbekanntheit.

⁴⁷⁴ Vgl. Spätgens S. 391 f.; Noelle-Neumann GRUR 1968, 133, 135.

⁴⁷⁵ Vgl. Noelle-Neumann GRUR 1968, 133, 135.

setzt, der jedoch gerade erst ermittelt werden solle.⁴⁷⁶ Nicht zu unterschätzen ist zuletzt die Tatsache, dass sich die offene Frage in der vorbezeichneten Gestalt allenfalls für Wortmarken eignet, während sie für neuere Markenformen vollkommen ungeeignet ist.⁴⁷⁷

Aufgrund der vorgenannten Argumente stützen sich das DPMA und die deutsche Rechtsprechung beim demoskopischen Nachweis der Verkehrsdurchsetzung auf die geschlossene Frage.⁴⁷⁸

c) Die Kern-/Ergebnisfrage und der Begriff der Verkehrsdurchsetzung

Das Abfragemodell, das sich in Deutschland etabliert hat, folgt einem dreistufigen Aufbau und wurde erstmalig durch die Richtlinie des DPMA für die Prüfung von Markenmeldungen vom 27.10.1995 in Form eines Standardfragebogens für die Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung geregelt.⁴⁷⁹ Die Richtlinie fasst drei Beweiselemente zu einer Frageserie zusammen, die allerdings streng auseinanderzuhalten sind, um zuverlässige Ergebnisse zu erzielen:

Der dreistufige Aufbau im Verkehrsdurchsetzungsverfahren:

➤ Ermittlung des Bekanntheitsgrades:

Die demoskopische Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung beginnt mit der Einstiegsfrage, die den Bekanntheitsgrad eines Zeichens ermitteln soll. Grundlage der Ermittlung ist eine gestützte Frage, in der das Zeichen benannt oder gezeigt und danach gefragt wird, ob der Befragungsperson dieses Zeichen für die Ware(n) oder Dienstleistung(en) bekannt ist, für welches Verkehrsdurchsetzung behauptet wird.⁴⁸⁰ An dieser Stelle verbietet es sich insbesondere zu fragen, ob die Marke X bekannt sei, da dies eine suggestive Wirkung entfaltet. Die Markeneigenschaft des abgefragten Zeichens soll gerade erst durch die weitere Befragung ermittelt werden.⁴⁸¹

➤ Ermittlung des Kennzeichnungsgrades (Herstellerzuordnung):

⁴⁷⁶ Vgl. Niedermann/Schneider sic!, 815, 822 f.

⁴⁷⁷ Vgl. Niedermann GRUR 2006, 367, 374.

⁴⁷⁸ Vgl. ausführlicher zur offenen und geschlossenen Frageformulierung im Markenrecht Utz S. 41.

⁴⁷⁹ Vgl. BIPMZ 1995, 378 ff..

⁴⁸⁰ Zur Problematik der suggestiven Beeinflussung oder einer Erkennbarkeit der „richtigen“ Antwort auf dem Vorlageobjekt und der damit notwendigen Neutralisierung vgl. Kap. E.I.7.a)dd) und E.I.7.f).

⁴⁸¹ Vgl. Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 36; Niedermann/Schneider sic! 2002, 815, 822.

Die Befragten, denen das Zeichen in Verbindung mit den Waren oder Dienstleistungen bekannt ist, werden weiter gefragt, ob die betreffende Marke als betrieblicher Herkunftsnachweis auf ein oder mehrere Unternehmen aufgefasst wird⁴⁸² oder ob der Befragte hierzu keine Aussage treffen kann. Dies allein soll den Kennzeichnungsgrad bestimmen, weshalb eine nähere Identifizierung der möglichen Unternehmen noch unerheblich ist. Dabei soll ermittelt werden, ob der Befragte in der angemeldeten Marke einen irgendwie gearteten Unternehmenshinweis erblickt. Die Befragten, die in der angemeldeten Marke gar keinen Hinweis auf irgendein Unternehmen sehen oder hierzu nichts sagen können, scheiden für die weitere Befragung aus.

➤ Ermittlung des Zuordnungsgrades (Herstelleridentifikation):

Zur Erhärtung der Kennzeichnungskraft dient die anschließende Ermittlung der Markenfunktion in Form einer konkreten Herstellerzuordnung. Der dritte Schritt besteht in der Identifikation der Herkunftsquelle bzw. des Herstellers. Dies erfolgt meist über Namensnennung oder auch über die Nennung von alternativen, auf den Hersteller abzielenden Hinweisen⁴⁸³.

Der erste Versuch einer Vereinheitlichung im Jahre 1995 blieb jedoch nicht von Kritik aus den Reihen der Demoskopien und der Rechtsprechung verschont, die inhaltliche Mängel monierten.⁴⁸⁴ Die Richtlinie wurde daher am 13. Juni 2005⁴⁸⁵ überarbeitet und den aktuellen Erfahrungen aus Demoskopie und Rechtsprechung angepasst. Neben einem aktualisierten Fragebogen erlaubt die neue Richtlinie auch Zusatz- und Aufklärungsfragen, falls dies zur Verbesserung des Umfrageergebnisses nützlich bzw. notwendig erscheint. Auch dient der Fragenkatalog in seinem Wortlaut nur als Richtmaß, jedoch ist es gestattet, die Fragen an die jeweiligen Erfordernisse anzupassen. Lediglich am Aufbau des Dreistufenmodells sei im Rahmen der demoskopischen Befragung fest-

⁴⁸² Ob und inwieweit in diesem Zusammenhang eine ausdrückliche Abgrenzung gegenüber bestimmten Alternativen (z.B. die „beschreibende Sachangabe“ oder „gar kein Hinweis auf irgendein Unternehmen“) zu erfolgen hat, ist umstritten, vgl. auch Pflüger, GRUR 2004, 652, 654 f.; Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 50.

⁴⁸³ In der Praxis gelten als solche Hinweise die Bezugnahme auf eine bekannte Serienmarke oder andere Produkte des Herstellers (vgl. etwa BGH GRUR 1996, 977, 978 DRANO/P3-drano; BGH GRUR 1999, 583, 585 LORA DI RECOARO (für den Bereich Verwechslungsgefahr von Marken)).

⁴⁸⁴ Vgl. BPatG GRUR 2004, 61, 63 – BVerwGE, wonach die Frage zum Kennzeichnungsgrad allgemein verständlicher und gezielter formuliert werden sollte, um größere Klarheit darüber zu gewinnen, ob der Befragte in dem Zeichen einen Unternehmenshinweis sieht oder nicht, sowie eine Ergänzung eingebaut werden soll, um eine differenzierte Aussage auch von denjenigen der Befragten zu bekommen, die mit dem Zeichen keinerlei Vorstellung verbinden; Pflüger GRUR 2004, 652, 654; Eichmann GRUR 1999, 939, 945 vgl. auch Utz S. 109.

⁴⁸⁵ Vgl. BIPMZ 2005, 245 ff.

zuhalten. Die aktuelle Fassung der Richtlinie für die Prüfung von Markenmeldungen vom 15. Dezember 2009 stellt lediglich eine redaktionell überarbeitete Fassung dar und ergab hinsichtlich der Verkehrsdurchsetzung keinerlei Neuerungen.⁴⁸⁶

In einigen Gerichtsentscheidungen, aber auch innerhalb mancher Entscheidungen des DPMA und einiger Literaturstellen⁴⁸⁷ wurde zeitweise ungenügend zwischen den Ebenen des dreistufigen Abfragemodells unterschieden, sodass teilweise Begriffsverwirrungen auftraten. In der BGH-Entscheidung „Telekom“⁴⁸⁸ etwa traf der BGH in seinen Ausführungen unklare Formulierungen. In der Entscheidung, die sich mit der Verwechslungsgefahr zwischen den Firmenschlagworten „Telekom“ und „01051 Telecom“ befasste, war eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Bezeichnung „Telekom“ ausschlaggebend. Aus dem von der Klägerin vorgelegten Privatgutachten ging hervor, dass *„sich eine Verkehrsbekanntheit der Kennzeichnung ‚Telekom‘ von 75 Prozent (ergebe). Die Zuordnung der Bezeichnung ‚Telekom‘ zur Klägerin nehmen nach dem Gutachten aber nur 60 Prozent der befragten Verkehrskreise vor. (...) Entgegen dem von der Revision eingenommenen Standpunkt kommt es nicht auf die 75 % der Bevölkerung an, die ‚Telekom‘ einem bestimmten Unternehmen auf dem Gebiet der Telekommunikation zuordnen. Denn damit sind auch die Kreise des Verkehrs erfasst, die ‚Telekom‘ nicht als Hinweis auf die Kl., sondern auf andere Unternehmen auffassen“*⁴⁸⁹. Die „60 Prozent“ beziehen sich eindeutig auf die namentliche Identifikation des Markeninhabers, also den Zuordnungsgrad. Weiter heißt es: *„Der Bekanntheitsgrad bei den allgemeinen Verkehrskreisen lag demnach bei 60 Prozent, einen höheren Bekanntheitsgrad hat die Klägerin nicht dargelegt.“*⁴⁹⁰ Diese Aussage ist unzutreffend. Die Prozentangabe von 75 % gibt den prozentualen Anteil derjenigen befragten Personen wieder, welche die Bezeichnung „Telekom“ einem bestimmten Unternehmen auf dem Gebiet der Telekommunikation zuordnen, und bezeichnet demzufolge den Kennzeichnungsgrad. Daher ist ein noch höherer Bekanntheitsgrad anzunehmen.⁴⁹¹ Der BGH unterstellt u. a. auf-

⁴⁸⁶ „Richtlinie für die Prüfung von Markenmeldungen“ vom 22.12.2009, abrufbar über <http://www.dpma.de/marke/formulare/index.html> (in Auszügen **Anhang II**).

⁴⁸⁷ So bezeichnet Fink in Fezer/*Fink*, Nationales Markenverfahren DPMA, Rn. 330 den Kennzeichnungsgrad etwa auch als Durchsetzungsgrad.

⁴⁸⁸ Vgl. BGH GRUR 2004, 514 – Telekom.

⁴⁸⁹ Vgl. BGH GRUR 2004, 514, 516 – Telekom.

⁴⁹⁰ Vgl. BGH GRUR 2004, 514, 516 – Telekom.

⁴⁹¹ Bemerkenswert war bei der Entscheidung auch, dass der BGH nicht nur die Stufenordnung fehlinterpretierte, sondern entgegen der Praxis des DPMA nur die richtige namentliche Zuordnung berücksichtigte, während „weiß nicht“-Antworten nicht zugunsten der Klägerin angerechnet wurden. Diese Praxis hat zur Folge, dass im Verletzungsverfahren und im Verkehrsdurchsetzungsverfahren unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe herangezogen werden.

grund dieser Feststellungen, dass „*nicht von einer gesteigerten, sondern von einer normalen Kennzeichnungskraft auszugehen*“⁴⁹² war.⁴⁹³

Die BGH-Entscheidung „Kinder“⁴⁹⁴ bezeichnet einen Umfragebefund, der sich eindeutig auf die namentliche Identifikation bezieht, ebenfalls als „Bekanntheitsgrad“. Das Gericht führt dazu aus, dass sich „*für die Gesamtheit der Befragten nur ein Bekanntheitsgrad von 48,5% derjenigen (ergebe), die die Bezeichnung „Kinder“ der Kl. unmittelbar oder mittelbar über andere Marken zuordnen*“⁴⁹⁵. Auch hier stellte der BGH allein den Grad zutreffender Identifikation, den Zuordnungsgrad, in den Mittelpunkt der Wertung.⁴⁹⁶

Inzwischen haben sich die Begriffe des Bekanntheits-, Kennzeichnungs- und Zuordnungsgrades in der Praxis gut etabliert, sodass Fehler bei der Bezeichnung und Begriffsbestimmung nicht mehr vorkommen.

Dennoch erfährt der Terminus des Verkehrsdurchsetzungsgrades weiterhin eine unterschiedliche Ausgestaltung. Die Rechtspraxis stellt den Zuordnungsgrad häufig mit dem Begriff des Verkehrsdurchsetzungsgrades gleich, d. h. mit der tatsächlich korrekten Zuordnung des Zeichens zum Zeicheninhaber und Anmelder.⁴⁹⁷ Dabei handelt es sich in den meisten Fällen lediglich um eine begriffliche Irritation. So hatte das BPatG in der Ristorante-Entscheidung einen Bekanntheitsgrad von 80,6 % und einen Kennzeichnungsgrad (Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen) von 57 % festgestellt.⁴⁹⁸ Bei der Frage nach der Zuordnung zu einem bestimmten, namentlich benannten Unternehmen waren 43,2 % aller Befragten in der Lage, dieses zutreffend („Dr. Oetker“) zu benennen. Zugunsten der Anmelderin rechnete das BPatG jedoch auch die 2,1 % der Befragten hinzu, welche das Unternehmen mit „Ristorante“ angaben, sowie die 7,7 % der Befragten, welchen der Unternehmensnamen nicht bekannt war. Insgesamt ergäbe sich nach dem BPatG somit ein Zuordnungsgrad von 53 % im allgemeinen Verkehr. Die 7,7 % bilden jedoch einen Teil des Kennzeichnungsgrades, nicht des Zuordnungsgrades. Zum Zuordnungsgrad sind nur solche Antworten zu zählen, die eine korrekte Zuord-

⁴⁹² Vgl. BGH GRUR 2004, 514, 516 – Telekom.

⁴⁹³ Vgl. zum Ganzen Niedermann GRUR 2006, 367, 368.

⁴⁹⁴ Vgl. BGH GRUR 2003, 1040 – Kinder.

⁴⁹⁵ Vgl. BGH GRUR 2003, 1040, 1043 – Kinder.

⁴⁹⁶ Vgl. zum Ganzen Niedermann GRUR 2006, 367, 368.

⁴⁹⁷ Vgl. BGH GRUR 2010, 138, 142, Nr. 45 – ROCHER-Kugel; BPatG GRUR 2007, 593, 596 – Ristorante: „...- letztlich für die Beurteilung einer Durchsetzung im Verkehr entscheidenden - Frage nach der Zuordnung zu einem bestimmten, namentlich benannten Unternehmen“.

⁴⁹⁸ Vgl. BPatG GRUR 2007, 593, 596 – Ristorante

nung treffen. Insofern ist der von der Rechtsprechung zugrunde gelegte Verkehrsdurchsetzungsgrad besser als „zuordnungskorrigierter“ Kennzeichnungsgrad zu bezeichnen, da prinzipiell der Kennzeichnungsgrad entscheidend ist, wobei Antworten nicht mitgezählt werden, die bezüglich des Zuordnungsgrades ein konkret anderes Unternehmen als den Zeicheninhaber benennen.

Der bloße Zuordnungsgrad wird jedoch nie allein als Grundlage für den Verkehrsdurchsetzungsgrad übernommen. Kommt dies doch vor, muss dies als falsch bewertet werden. Würde nämlich allein auf den Zuordnungsgrad abgestellt, resultierten daraus zu hohe Anforderungen. Ein hoher Zuordnungsgrad kann sich lediglich positiv zur Unterstützung des Vortrags, das angemeldete Zeichen habe sich im Verkehr durchgesetzt, auswirken. Ein niedriger Zuordnungsgrad darf dagegen keine negativen Folgen nach sich ziehen.⁴⁹⁹ Die Herkunftsfunktion, die die Hauptfunktion einer Marke darstellt und in diesem Zusammenhang entscheidend ist,⁵⁰⁰ ist dann als ausreichend erfüllt anzusehen, wenn dem Verkehr durch die Benutzung des Zeichens ermöglicht wird oder wurde, die konkrete Ware oder Dienstleistung ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden.⁵⁰¹ Gerade dies wird bereits durch die Höhe des Kennzeichnungsgrads ausreichend nachgewiesen.

d) Vorgaben für Fragebogen und Bewertung aus der Markenanmeldungsrichtlinie⁵⁰²

aa) Der Fragebogen

Ausgangspunkt zur Erstellung des Fragebogens für das Verkehrsdurchsetzungsgutachten im Anmeldeverfahren bildet die Markenanmeldungsrichtlinie. Sie enthält die

⁴⁹⁹ Vgl. Utz S. 142, der darauf verweist, dass die alleinige Maßgeblichkeit eines Zuordnungsgrades nicht ausreichend die neben der Herkunftsfunktion einer Marke noch zu beachtende Identifizierungs- und Unterscheidungsfunktion ausreichend berücksichtigt, vgl. Utz S. 141 f. Dies widerspricht jedoch der herrschenden Rechtsprechung des EuGH und BGH (vgl. EuGH GRUR 2009, 756, 759, Rn. 58 – L’Oréal/Bellure m.w.N.; EuGH GRUR 2003, 55, 58, Nr. 48 – Arsenal Football Club plc), wonach in diesem Zusammenhang nur die Herkunftsfunktion entscheidend ist.

⁵⁰⁰ Vgl. EuGH GRUR 2009, 756, 759, Rn. 58 – L’Oréal/Bellure; EuGH GRUR 2003, 55, 58, Nr. 48 – Arsenal Football Club plc.

⁵⁰¹ Vgl. EuGH GRUR 2009, 756, 759, Rn. 58 – L’Oréal/Bellure; EuGH GRUR 2003, 55, 58, Nr. 48 – Arsenal Football Club plc.

⁵⁰² „Richtlinie für die Prüfung von Markenmeldungen“ vom 22.12.2009, abrufbar über <http://www.dpma.de/marke/formulare/index.html> (in Auszügen **Anhang II**). Nach kritischen Hinweisen (u.a. BPatG GRUR 2004, 61, 63 – BVerwGE; Pflüger GRUR 2004, 652, 654; Eichmann GRUR 1999, 939, 945) wurde der Fragebogen, der Bestandteil der Markenanmeldungsrichtlinie vom 27.05.1995 war, überarbeitet und in Abschnitt 5.17. der Markenanmeldungsrichtlinie vom 13.06.2005 neu formuliert.

wesentlichen Basis-Anforderungen an Formulierung und Ausgestaltung für den dreistufigen Aufbau und den Entwurf des Fragenkatalogs.

Fragebogen des DPMA nach der Markenanmeldungsrichtlinie:

- A. Kaufen Sie, egal wie oft, für sich oder andere (Waren angeben, für die eine Verkehrsdurchsetzung geltend gemacht wird)?
- a) ☐ Ja
- b) ☐ Nein, nie
- B. Verwenden/benutzen/essen Sie, zumindest hin und wieder, (Ware wiederholen)?
- a) ☐ Ja
- b) ☐ Nein, nie
1. (Ggf. nur zu beantworten, wenn Frage A oder B bejaht wurde):
- Haben Sie diese Bezeichnung (Wiedergabe der angemeldeten Marke) in Zusammenhang mit Waren schon einmal gehört oder gesehen/gelesen?⁵⁰³
- a) ☐ Ja
- b) SPONTAN (da dies von der Fragestellung nicht umfasst ist)
- Kommt mir bekannt vor/glaube schon
- c) ☐ Nein
2. Wenn Frage 1 mit „Ja“ beantwortet wurde:
- Ist die Bezeichnung/Farbe/Form Ihrer Meinung nach bei (Wiedergabe der angemeldeten Marke) im Zusammenhang mit den Waren
- a) ☐ Hinweis auf ein ganz bestimmtes Unternehmen
- b) ☐ Hinweis auf mehrere Unternehmen
- c) ☐ Gar kein Hinweis auf irgendein Unternehmen
- d) ☐ Oder können Sie nichts dazu sagen?
3. Zuordnung

⁵⁰³ Aus Rechtsgründen reicht es aus, dass danach gefragt wird, ob die Befragungsperson wenigstens gelegentlich Waren der in Betracht kommenden Art kauft oder einschlägige Dienstleistungen in Anspruch nimmt. Im Rahmen der Bekanntheitsgradfeststellung bei der Irreführung im Wettbewerbsrecht kann eine differenzierende Ermittlung (etwa wann dies zuletzt der Fall war oder wie häufig dies vorkommt) für die Beweiswürdigung Folgen haben; vgl. BGH GRUR 1991, 863, 867 – Avon; BGH GRUR 1999, 251, 252 – Warsteiner I; OLG Köln GRUR-RR 2004, 271, 273 – Fruchtaufstrich „ohne Kochen“. Im Bereich der Verkehrsdurchsetzung, bei der es primär auf den Kennzeichnungsgrad ankommt, dürfte eine solche zusätzliche Ermittlung für die Beweiswürdigung kaum relevant sein.

a) Bei Antwort Nr. 2a):

Wissen Sie, wie dieses Unternehmen heißt?

b) Bei Antwort Nr. 2b)

Wissen Sie, wie diese Unternehmen heißen?

Die Einleitungsfragen A. und B. dienen zur Ermittlung der dem Verkehrskreis zugehörigen Befragungspersonen. Bei den Fragen 1.-3. handelt es sich um die Kernfragen, die zumindest sinngemäß jeder Fragenkatalog enthalten muss (Markenanmeldungsrichtlinie IV.5.17). Dabei präsentieren die Fragen Formulierungsvorschläge, die nicht wörtlich in den Fragekatalog des Gutachtens übernommen werden (Markenanmeldungsrichtlinie IV.5.17). Die bereits angesprochenen Gebote der Fragetechnik⁵⁰⁴ sind dennoch stets zu beachten. So empfiehlt es sich z. B., die zu prüfenden Waren und Dienstleistungen bzw. deren Klassifikation⁵⁰⁵ nach der Markeneinteilung in verständlicher Alltagssprache umzuformulieren⁵⁰⁶.

Bevor die einzelnen Fragen näher untersucht werden, ist zu erörtern, wie genau der abzufragende Waren- bzw. Dienstleistungsbereich während der Befragung mitgeteilt werden darf bzw. muss. Im Allgemeinen findet die vom Absatz her bedeutendste Waren- oder Dienstleistungsart Erwähnung, die unter dem Zeichen vermarktet wird. Diese Vorgehensweise kann jedoch nicht pauschal bei jeder Befragung zur Anwendung kommen.

Wird der Markenschutz nur für ein eng begrenztes Waren- oder Dienstleistungsspektrum beantragt, so kann bereits die Nennung der Ware oder Dienstleistung einen suggestiven Hinweis auf den Hersteller enthalten, sofern diese bloße Nennung einen Hinweis auf die Herkunft des Zeichens gibt. Ist z. B. hinsichtlich der Dienstleistung „Telefondienstleistungen“ bereits ein Hinweis auf ein Unternehmen gegeben, indem im Rahmen der Befragung der Zusatz „im Zusammenhang mit Telefonieren und Leistun-

⁵⁰⁴ Wie wichtig etwa das Gebot der einfachen Fragetechnik ist, lässt sich an einem Beispiel darstellen: Die Frage „Befassen Sie sich öfters oder gelegentlich als Käufer oder Interessent oder sonst irgendwie mit Pralinen?“ ist von 52,4 % der Befragten mit „Nein“ beantwortet worden. Auf die einfache und unkomplizierte Frage „Wie häufig kaufen oder essen Sie selbst Pralinen?“ haben dagegen nur 14 % mit „Nie“ geantwortet (BPatG GRUR 2008, 420, 424 – ROCHER-Kugel).

⁵⁰⁵ Einteilung nach der Nizza-Klassifikation, vgl. http://www.dpma.de/docs/service/klassifikationen/nizza/nizza9_teil1.pdf.

⁵⁰⁶ Etwa statt „Ton- und Bildempfangsgeräte“ der Klasse 9 der Nizza Klassifikation „Fernseher“ oder statt „Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton, Bild und Daten“ „Geräte der Unterhaltungselektronik“.

gen von Telefonanbietern“ eingebaut wird, kann die Befragung bereits unverwertbar sein. Der Begriff „Telefonanbieter“ weist auf einen Dienstleister hin und nimmt damit die entscheidungserhebliche Frage vorweg, ob das Zeichen überhaupt als betrieblicher Herkunftshinweis wahrgenommen wird.⁵⁰⁷ Außerdem kann eine Eingrenzung, welche eine Bezeichnung für die Waren- und Dienstleistungsklassifikation vorgibt, die von den Befragten unterschiedlich ausgelegt werden kann, nicht eindeutig und damit unzulässig sein.⁵⁰⁸

Handelt es sich dagegen um besonders umfassende Waren- und Dienstleistungsverzeichnisse oder um einen Gattungsbegriff, besteht andererseits wiederum die Gefahr, im Fall einer Zusammenfassung mehrerer Waren- oder Dienstleistungsbereiche aus den Ergebnissen nicht ersehen zu können, ob sich die Bekanntheit des Zeichens auch tatsächlich auf den gesamten Bereich oder nur auf einzelne der in der Fragestellung genannten Waren oder Dienstleistungen bzw. unter den Gattungsbegriff fallende Kategorien bezieht. Die Eintragung eines Zeichens als Marke ist unter Umständen gänzlich zurückzuweisen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass nur einzelne der abgefragten Bereiche Verkehrsdurchsetzung erreicht haben, da eine Verkehrsdurchsetzung für einzelne, unter den Oberbegriff fallende Dienstleistungen nicht zum Nachweis für den gesamten Oberbegriff führt.⁵⁰⁹ Andererseits könnte sich die Verwendung eines zu weiten Oberbegriffes bei der Befragung selbst negativ für den Anmelder auswirken, und zwar wenn die Waren oder Dienstleistungen so weit gefasst würden, dass der Befragte keine gedankliche Verknüpfung zwischen dem vorgelegten Zeichen und der jeweiligen Ware oder Dienstleistung herstellen könnte.⁵¹⁰ Der daraus resultierende Verkehrsdurchsetzungsgrad läge dann gegebenenfalls zu niedrig. Letztlich könnte eine Befragung, die sich auf mehr als vier Waren- oder Dienstleistungsgruppen erstreckt, zu einer Überforderung der befragten Personen führen.⁵¹¹

⁵⁰⁷ Vgl. BPatG vom 06.05.2009, Az.: 29 W (pat) 19/05 – Magenta.

⁵⁰⁸ Vgl. Utz S. 117, wobei das Beispiel „Luxuswagen“ „Oberer Mittelklassewagen“ nicht ganz richtig ist, da eine relevante Einschränkung nicht auf Grund der Preiskategorie vorgenommen werden darf. Bei einem Luxuswagen handelt es sich nicht um einen derartigen Luxusartikel, der auf Grund seiner Eigenart ausschließlich einer bestimmten Klientel vorbehalten ist. Auch ein Maybach oder Rolls Royce richtet sich zumindest mit einer Imagekampagne auch an weniger betuchte Personen. Als Beispiel könnte aber die Bezeichnung „Frischobst“ benannt werden, was einerseits pflückfrisch bedeuten, andererseits aber auch heißen kann, dass das Obst nur nicht konserviert wurde.

⁵⁰⁹ Vgl. BPatG vom 06.05.2009, Az.: 29 W (pat) 19/05 – Magenta zur umfassenden Dienstleistungsart „Telekommunikation“.

⁵¹⁰ Vgl. Utz S. 117.

⁵¹¹ Vgl. Pflüger GRUR 2006, 812, 822.

Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen sollten die Waren und Dienstleistungen, die aus Sicht des Verkehrs gleichartig sind und sich in ihrer Eigenart und ihrem Nutzwert überschneiden, lediglich unter einem Oberbegriff genannt werden, um die abgefragten Waren und Dienstleistungen zu reduzieren.⁵¹² Dagegen sind Oberbegriffe aufzuschlüsseln, sofern hierunter für den Verkehr nach Eigenart und Nutzwert ungleichartige Waren oder Dienstleistungen subsumiert sind und der Anmelder das Zeichen nicht absichtlich als Marke für den Gattungsbegriff eintragen möchte. Wurde lediglich ein Gattungsbegriff abgefragt, hat der Prüfer genau zu kontrollieren, ob sich die ermittelte Verkehrsdurchsetzung tatsächlich auf diesen bezieht oder der Verkehr mit dem Zeichen eigentlich eine von ihm umfasste Waren- oder Dienstleistungskategorie verknüpft. Ein Indiz hierfür kann sich aus den Gesamtumständen im Rahmen der Zeichenbenutzung ergeben. Verbleiben letztlich mehr als vier Waren- und Dienstleistungen, sind mehrere Begutachtungen vorzunehmen.

Es ist zielführend, vor der Durchführung der Umfrage einen Konsens mit dem Prüfer bezüglich der Inhalte zu erzielen, die dem Befragten über den Warenbereich mitgeteilt werden. In problematischen Fällen kann es zudem angezeigt sein, eine gegabelte Befragung mit parallelen, von der statistischen Zusammensetzung her einwandfrei vergleichbaren Untergruppen der Gesamtstichprobe durchzuführen. So wären beispielsweise bei einer umfangreichen Waren- oder Dienstleistungsgruppe die wichtigsten Waren bzw. Dienstleistungen in gegabelter Befragung parallel in Untergruppen der Stichprobe zu testen, sodass jeder Befragte nur eine einzige Testfrage beantwortet, die sich auf die jeweilige Ware oder Dienstleistung bezieht.

bb) Die Einleitungsfragen

Die Fragen A. und B. dienen zur Ermittlung der Verkehrsbeteiligung, falls sich der beteiligte Verkehrskreis nicht mit der gesamten Bevölkerung deckt und die Durchsetzung der beanspruchten Waren und Dienstleistungen nur in einem eingeschränkten Verkehrskreis nachzuweisen ist. Betrifft die Befragung dagegen die Gesamtbevölkerung, entfallen die Fragen A und B (Markenanmeldungsrichtlinie IV.5.17.), da eine durch die Einleitungsfrage vorgenommene Sondierung nicht erforderlich ist. Angesichts der Tatsache, dass sich die Beurteilung des beteiligten Verkehrskreises oftmals problematisch

⁵¹² Vgl. Utz S. 115 ff, der hierzu die Handhabung der Integrationsfrage im Rahmen des § 25 MarkenG heranzieht.

gestaltet, sind die Fragen dennoch zu stellen, um die Verwertbarkeit des Gutachtens nicht zu gefährden. Während des gesamten weiteren Interviews darf kein Basiswechsel vorgenommen werden, damit nicht nur hinsichtlich der Kenner und Nicht-Kenner, sondern stets und für alle Detailergebnisse der Bezugsrahmen des gesamten jeweiligen Verkehrskreises erhalten bleibt. Folglich muss sich die Fragestellung immer auf die Gesamtheit aller Verkehrsbeteiligten und nicht abwechselnd auf Teilgruppen derselben beziehen, da anderenfalls erhebliche Verzerrungen entstünden.⁵¹³ Hierauf ist besonders zu achten, da solche Basiswechsel in der sonstigen Markt- und Sozialforschung durchaus üblich und in viele Standardauswertungsprogramme bereits implementiert sind.⁵¹⁴

Bei Frage A muss die Angabe zur Ware oder Dienstleistung eine allgemein bekannte Angabe des abgefragten Produkts wiedergeben und mit dem Verkehrsverständnis übereinstimmen. Die Nennung der abstrakten Rechtsbegriffsbezeichnung erzeugt häufig nur Verwirrung.⁵¹⁵

Frage B ist aufgrund der Definition des Verkehrskreises für die Ermittlung der Verkehrskreiszugehörigkeit grundsätzlich weniger geeignet. Zu berücksichtigen sind alle Kreise, in denen die Marke Verwendung findet oder Auswirkungen zeitigen kann.⁵¹⁶ Dies trifft unstreitig zu auf die aktuellen Abnehmer und solche, die an der abgefragten Ware oder Dienstleistung interessiert sind und damit als neue Zielgruppe geworben werden können.⁵¹⁷ Ist die befragte Person aber lediglich Verwender oder Benutzer, weil sie etwa berufsbedingt mit der Ware oder Dienstleistung konfrontiert ist⁵¹⁸ oder es sich bei der vorgelegten Ware um einen Luxusartikel handelt⁵¹⁹, übt sie in der Regel keinen Einfluss auf die Anschaffung aus, die sie von sich aus auch nicht in Erwägung zieht.⁵²⁰
⁵²¹ Finden Verwender dennoch Berücksichtigung, ist es zweckmäßig, auf eine strenge

⁵¹³ Vgl. Loschelder/*Pflüger* § 42, Rn. 79 mit Beispiel.

⁵¹⁴ Vgl. Loschelder/*Pflüger* § 42, Rn. 79.

⁵¹⁵ Vgl. das Beispiel bei Utz S. 24, wonach unter den Begriff „Praline“ aus rechtlicher Sicht alle „Erzeugnisse in mundgerechter Größe aus gefüllter Schokolade (gemäß Nummer 7) oder aus einer einzigen Schokoladenart oder aus zusammengesetzten Schichten oder einer Mischung von Schokoladenarten (gemäß der Nummern 3, 4, 5 oder 6) und anderen Lebensmitteln, sofern der Schokoladenanteil mindestens 25 Prozent des Gesamtgewichts des Erzeugnisses entspricht“, fallen Anlage 1 zu §§ 1, 2, 3 KakaoVO.

⁵¹⁶ Vgl. etwa BGH GRUR 1986, 894, 895 – OCM; BPatG GRUR 2004, 685, 690 – Lotto.

⁵¹⁷ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 501.

⁵¹⁸ Beispielsweise ein Büroangestellter nutzt an seinem Arbeitsplatz einen Großkopierer.

⁵¹⁹ Als Gegenstand einer Einladung oder eines Geschenks werden sie von vielen Personen geschätzt und entsprechend verwendet. Aber dieselben Personen würden sich nur selten zum Einkauf der Ware für sich selbst entschließen.

⁵²⁰ Vgl. Hasselblatt/*Eichmann* § 9, Rn. 40.

⁵²¹ Bei Dienstleistungen sind allerdings die Personen, von denen das Entgelt entrichtet wird, meistens identisch mit den Nutzern der Dienstleistung.

Differenzierung im Fragebogen sowie bei der Erfassung der Antworten zu achten, um eine entsprechend zutreffende Auswertung zu erzielen.⁵²² Die Einbeziehung von Verwendern in Stichproben demoskopischer Umfragen kann daher weitaus signifikantere Ergebnisse erzielen als manch andere Diskussionspunkte,⁵²³ da hierdurch ein Basiswechsel stattfindet, der wiederum gravierende Auswirkungen auf die Durchsetzungsquote zeigen könnte. Eine Zusatzfrage dahingehend zu stellen, ob die Nutzung der Waren im Zusammenhang mit einer privaten oder freiberuflichen bzw. selbstständigen Tätigkeit erfolgt und/oder ob die befragte Person selbst Einfluss auf die Anschaffung nimmt, ist u. U. sinnvoll, um zwischen Abnehmer und Verwender zu differenzieren.

Es hat ökonomische Gründe, entsprechend der Empfehlung der Markenanmeldungsrichtlinie bereits zu Beginn der Befragung zu ermitteln, ob die Testperson dem beteiligten Verkehrskreis angehört, da die weitere Befragung unterbleiben kann, sofern die Verkehrskreiszugehörigkeit verneint wird.

Andererseits kann diese Reihenfolge auch eine unzulässige Konditionierung der Testpersonen⁵²⁴ verursachen oder eine suggestive Wirkung entfalten.⁵²⁵ Danke⁵²⁶, der die Konditionierung bei Werbemittelprojekten überprüfte, stellte heraus, dass Eingangsfragen eine Sensibilisierung und Aufmerksamkeitserhöhung bzgl. der in einer vorgelegten Zeitschrift abgedruckten Werbeanzeigen bewirken. Dies ist zwar nachvollziehbar, für den Verkehrsdurchsetzungsnachweis jedoch unschädlich, da die Befragung zum Zweck des Verkehrsgutachtens im Rahmen des Verkehrsdurchsetzungsnachweises ohnehin mit Fragen zur Beziehung zwischen dem angemeldeten Zeichen und den einschlägigen Waren fortgeführt wird. Eine suggestive Beeinflussung bzw. Konditionierung ist insofern weder ersichtlich noch zu beanstanden.⁵²⁷

Dennoch erscheint die Frage nach der Verkehrsbeteiligung in der rechtsdemoskopischen Praxis häufig am Ende des Interviews.⁵²⁸ Bei Mehrthemenumfragen kann dies aus

⁵²² Vgl. Andersen GRUR 1981, 160, 163; Eichmann GRUR 1999, 939, 949.

⁵²³ Vgl. Eichmann GRUR 1999, 939, 949.

⁵²⁴ Vgl. Pflüger GRUR 2014, 423, 426, die als Beispiel die Frage nach der Markeneigenschaft des neutralisierten „Marlboro-Dachs“ aufführt, bei der ein Raucher nach einer entsprechenden Verkehrskreisfrag bereits in Richtung „Rauchen“ werde.

⁵²⁵ Vgl. Müller S. 155, wonach der Interviewer versuchen soll, die Verkehrsbeteiligung durch Beobachtung oder durch eine beiläufig wirkende Frage festzustellen, um die Gefahr einer Einflussnahme möglichst gering zu halten (bezogen auf wettbewerbsrechtliche Ermittlungen).

⁵²⁶ Vgl. Danke MA 1984, 110, 111.

⁵²⁷ Vgl. BGH GRUR 2007, 780, 784, Nr. 37 – Pralinenform, wobei der Senat diese Tatsache nicht problematisiert und vielmehr als Selbstverständlichkeit wahrnimmt.

⁵²⁸ Vgl. Pflüger GRUR 2014, 423, 426; Andersen GRUR 1981, 160, 163; Noelle-Neumann/Schramm S. 48 (wobei hier eine nicht mehr aktuelle Fragestellung zur Ermittlung der Kennzeichnungskraft als

organisatorischen und kalkulatorischen Gründen auch zweckmäßig sein. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass sich einige Befragte aus einem gewissen Geltungsbedürfnis unberechtigt als Käufer oder Verwender der betreffenden Ware ausgeben könnten.⁵²⁹ Die betreffenden Personen sind dann im weiteren Verlauf der Befragung einem gewissen Druck ausgesetzt, den von ihnen selbst gesetzten Anspruch durch entsprechende Kenntnisse zu untermauern, woraus möglicherweise Rateantworten resultieren.⁵³⁰

Macht der zu befragende Personenkreis nur einen kleinen Teil der Stichprobe aus (Spezialumfragen)⁵³¹ oder handelt es sich um eine klar abtrennbare Gruppe von verkehrsbeteiligten Personen, sollte die Frage zur Ermittlung der Verkehrskreiszugehörigkeit im Hinblick auf die ökonomische Zweckmäßigkeit in jedem Fall zu Beginn der Befragung gestellt werden.⁵³²

Ergeben sich die Befragungspersonen nach dem Quoten-Verfahren, wonach sich die Auswahl der Befragungsperson nach Quoten bestimmt, die in Korrelation zu den Werten in der Grundgesamtheit stehen,⁵³³ muss dagegen die Positionierungsfrage bereits unter dem Aspekt der Zugehörigkeit der Befragungsperson zum Verkehrskreis und der zugrunde liegenden Auswahlquote den Beginn der Befragung markieren. Anderenfalls ginge zu viel Zeit durch die Befragung von Personen, die nicht dem beteiligten Verkehrskreis zuzuordnen sind, verloren.

Bei Unternehmensbefragungen wird der Zielperson während der Befragung zwangsläufig deutlich, in welcher Eigenschaft sie befragt wird.

Beispiel herangezogen wird); Schulz MA 1984, 143, 144; Gloy/Loschelder/*Ohde* (3. Auflage) § 20, Rn. 42 (zur Irreführung); Hasselblatt/*Eichmann* § 9, Rn. 52 schlägt in seinem Fragebogenentwurf vor, die zur Ermittlung des Verkehrskreises dienende Eingangsfrage am Ende der Befragung zu stellen.

⁵²⁹ Vgl. Pflüger GRUR 2014, 423, 426; Andersen GRUR 1981, 160, 163; Gloy/Loschelder/*Ohde* (3. Auflage) § 20, Rn. 42.

⁵³⁰ Darüber hinaus ist nicht auszuschließen, dass einige Befragte sich als Konsumenten der Ware bewusst nicht zu erkennen geben, um einer weiteren Befragung zum Thema aus dem Wege zu gehen. Da die Befragung aber ohnehin freiwillig ist und diese Personen keine Auswirkung auf die Quote haben, kann daraus kein Argument bezüglich Positionierung der Verkehrskreisfrage gewonnen werden.

⁵³¹ Soweit dies möglich erscheint, kann der Interviewer versuchen, die Verkehrsbeteiligung durch Beobachtung oder durch eine beiläufig wirkende Frage festzustellen, um eine etwaige Beeinflussung zu vermeiden; vgl. Eichmann GRUR 1999, 939, 950, Fn. 187.

⁵³² Vgl. Eichmann GRUR 1999, 939, 950 und Hasselblatt/*Eichmann* § 9, Rn. 40 verweist darauf, dass etwa Personen, die nie Fleisch essen, nie alkoholische Getränke oder Tabakerzeugnisse konsumieren, auch nicht mit Fragen hierüber „gequält“ werden sollen, die sie nicht berühren oder sogar als „Zumutung“ empfinden. Eine materiellrechtliche Frage ist es jedoch, ob dieser aus „ethischen“ Gründen vorgeschlagene Verzicht auf eine weitere Befragung zu einer unzulässigen Einschränkung der Verkehrskreisauswahl führt, vgl. hierzu Kap. E.I.8.

⁵³³ Vgl. hierzu Kap. E.I.10.c)bb).

cc) Frage 1. – der Bekanntheitsgrad

Die Kernfrage 1. dient dazu, den Bekanntheitsgrad der Marke zu ermitteln, wobei die verschiedenen Möglichkeiten der sinnlichen Wahrnehmung „gehört, gesehen, gelesen“ einerseits den unterschiedlichen Markenformen Rechnung tragen, andererseits den unterschiedlichen Wahrnehmungsformen einer einzelnen Markengattung, wie z.B. Wörtern.

Die Fragevorgabe der Markenanmeldungsrichtlinie spielt jedoch auf die Wortmarke an, da sie eine „Bezeichnung“ abfragt. Bei anderen Markenformen, wie z. B. einer dreidimensionalen Marke, einer Hörmarke oder einer Bildmarke, geht dieser Begriff jedoch fehl. Der Fragebogen wäre entsprechend abzuändern, indem der Begriff „Bezeichnung“ durch „Form“, „Bild“ oder „Tonfolge/Geräusch“ ersetzt würde, um den Anforderungen an neuere Markenformen zu genügen.⁵³⁴ Es mutet seltsam an, dass dies bei Frage 2. mit den Begriffen „Bezeichnung/Farbe“⁵³⁵/Form“ tatsächlich Berücksichtigung findet.

Nach der Markenanmeldungsrichtlinie sind lediglich die Ja-Antworten (Antwortmöglichkeit 1.a)) positiv für den Bekanntheitsgrad zu werten, denn nur in diesem Fall folgt Frage 2. Die Antwort 1.b) hingegen, „kommt mir bekannt vor“, ist dem Bekanntheitsgrad nicht hinzuzurechnen. Die befragte Person von der weiteren Befragung auszuschließen, ist jedoch falsch. Die Antwortvorgabe 1.b) „kommt mir bekannt vor“ ist besonders bei denjenigen Zeichen von Bedeutung, welchen der Befragte in der konkret vorgelegten Form im Alltagsleben nicht begegnet, da sie z. B. für die Befragung zum Zwecke der Neutralisierung verfremdet wurden.⁵³⁶ Ein anderer Grund für diese Antwortvorgabe kann in der generellen Zurückhaltung und anfänglichen Unsicherheit des Befragten liegen. Entsprechende Antworten sollten zwar nicht als positiv im Rahmen des Bekanntheitsgrades Berücksichtigung finden, da es hier tatsächlich auf die positive Kenntnis ankommt.⁵³⁷ Dennoch sollte die Befragung fortgesetzt werden, wobei diese Befragten zunächst in einer eigenen Kategorie zu führen sind – allein deshalb, weil das DPMA die Befragung möglicherweise nicht anerkennt und die ganze demoskopische Begutachtung damit wertlos würde. Ob der Befragte dem vorgelegten Zeichen tatsächli-

⁵³⁴ Vgl. Utz S. 113; Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 41.

⁵³⁵ Der Begriff „Farbe“ ist dabei gegenüber der Verwendung „Farbton“ vorzuzugswürdig. Denn im letztgenannten Fall können die Befragten verunsichert werden, ob es genau dieser (RAL-)Farbton ist, den sie mit dem angedachten Unternehmen verbinden, oder ein anderer, und sie deshalb die Frage mit „Weiß nicht“ beantworten. Es kann davon ausgegangen werden, dass „Farbe“ allgemein verständlich ist; vgl. Pflüger GRUR 2014, 423, 424.

⁵³⁶ Z.B. Warenformen, die mit dem Herstellernamen beschriftet sind.

⁵³⁷ Vgl. Utz S. 115

che eine markenmäßige Herkunftshinweisfunktion zuschreibt, ergeben dann die weiteren Fragen.⁵³⁸ Es gilt zu bedenken, dass die Verkehrsdurchsetzung nicht auf den reinen Bekanntheitswert, sondern auf den potenziellen Herkunftshinweis des Zeichens abstellt. Auch wenn der befragten Person das Zeichen nur bekannt vorkommt, kann sie darin dennoch einen Unternehmenshinweis erblicken. Dies erwiese sich für die Ermittlung des Kennzeichnungs- und möglicherweise auch des Zuordnungsgrades als relevant. Stellt sich bei der nachträglichen Befragung heraus, dass die befragte Person mit dem Zeichen weder einen Unternehmenshinweis verbindet (Frage 2.) noch das Zeichen nutzende Unternehmen richtig benennen kann (Frage 3.), so ist sie weder für den Bekanntheitsgrad noch zugunsten der weiteren Ermittlungsergebnisse positiv zu werten.

Den Befragten, die Frage 1. mit „*Nein*“ beantworten, werden keine weiteren Fragen gestellt, da diese Personen auf die weiteren Fragen bestenfalls raten würden. Gleichwohl bleiben sie Teil des Gesamtbezugsrahmens, weil sie zum Gesamtbild des Verkehrskreises gehören. Ein Basiswechsel darf nach Frage 1. nicht vorgenommen werden, d. h. auch diejenigen, welche Frage 1. zum Bekanntheitsgrad verneint haben, müssen in der Berechnung weiter Berücksichtigung finden.⁵³⁹ Diese Selbstverständlichkeit wird von einigen Instituten und Anwälten jedoch fälschlicherweise nicht beachtet.⁵⁴⁰

dd) Frage 2. – der Kennzeichnungsgrad

Frage 2. dient der Ermittlung des Kennzeichnungsgrades⁵⁴¹ und bildet den Kern des Untersuchungsgegenstandes, da an dieser Stelle die für die Verkehrsdurchsetzungsfrage entscheidende Antwort erfolgt, ob die Marke als Unternehmenshinweis aufgegriffen wird. Die Auskunftspersonen wären aber überfordert, würde ihnen die abstrakte Beweisfrage unmittelbar vorgelegt: „*Wenn Sie dieses Zeichen sehen, betrachten Sie dieses als Herstellerhinweis oder als Gattungsbegriff?*“ Ziel muss es sein, die Testfrage in eine einfache Form zu übersetzen, die eine leichte und spontane Antwort ermöglicht.

Die Formulierung „Unternehmenshinweis“ ist nicht zwingend und kann je nach Untersuchungsgegenstand z.B. durch „Herstellerhinweis“ oder „Hinweis auf einen Verlag“ ersetzt werden.⁵⁴² Die Formulierung „Hinweis auf“ ist sprachlich am deutlichsten und

⁵³⁸ Vgl. Pflüger GRUR 2004, 652, 654.

⁵³⁹ Vgl. hierzu auch das Beispiel bei Levin S. 71.

⁵⁴⁰ Vgl. Pflüger Mitt. 2006, 259, 262; Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 79.

⁵⁴¹ Oder auch als Durchsetzungsgrad bezeichnet, vgl. Kap. I.7.c)..

⁵⁴² Vgl. Pflüger GRUR-Prax 2011, 51.

begrifflich vertraut.⁵⁴³ Sie spiegelt auch am zutreffendsten den Zweck der Kennzeichnungsfrage wieder, wonach der Hinweis-Charakter eines Zeichens evaluiert werden soll. Daher ist z.B. die Alternativformulierung „wird immer nur von einem einzigen Unternehmen verwendet“ unzulänglich. Denn trotz der Tatsache, dass ein Zeichen, z.B. eine Farbmarke, von mehreren Unternehmen verwendet wird, kann es sein, dass es nur auf konkret ein Unternehmen hinweist. Andererseits kann das Zeichen aber auch auf mehrere Unternehmen hinweisend verstanden werden, weshalb die drei Antwortvorgaben nicht auf „ein bestimmtes Unternehmen“ zusammengefasst werden dürfen. Gerade Farben werden in vielen Waren- und Dienstleistungsbereichen verwendet, allerdings nur selten markenmäßig benutzt und als Herkunftshinweis wahrgenommen. Dies kann zur Folge haben, dass eine so formulierte Alternative („wird immer nur von einem einzigen Unternehmen verwendet“) beim Interview dann gerade wegen der vielfachen Verwendung in der untersuchungsgegenständlichen Waren- und Dienstleistungsklasse nicht gewählt wird, obwohl sie auch als „Hinweis auf ein“ Unternehmen empfunden wird.⁵⁴⁴

Positiv für den Bekanntheitsgrad des vorgelegten Zeichens werden zum einen alle Ja-Antworten (Antwortmöglichkeit 2.a)) gewertet.

Antwortmöglichkeit 2.b) gilt hingegen nur dann als positiv, wenn der Befragte trotz der Angabe, er verstehe die Marke als einen Hinweis auf mehrere Unternehmen, tatsächlich einen Hinweis auf nur ein einziges Unternehmen sieht. Eine Aufklärungsfrage sondiert diesen Sachverhalt.

Die Antwortalternative 2c) „*gar kein Hinweis auf irgendein Unternehmen*“ entspricht der in der vorangehenden Fassung der Marken anmeldungsrichtlinie verwendeten Formulierung „*nicht auf ein bestimmtes Unternehmen hin, sondern bloß auf eine Sachangabe*“. Die alte Fassung wurde aufgrund teils heftiger Kritik aus Praxis und Literatur abgeändert.⁵⁴⁵ Die Auffassung, die Marke werde nicht nur als Unternehmenshinweis, sondern auch als Gattungsbezeichnung bzw. Sachangabe angesehen, steht der Verkehrsdurchsetzung nicht im Wege (Marken anmeldungsrichtlinie IV.5.17). Schließlich ist ausschlaggebend, dass das Zeichen in ausreichendem Umfang zumindest auch

⁵⁴³ Vgl. Pflüger GRUR-Prax 2011, 51. Die Formulierung wird auch von anderen deutschsprachigen Markenämtern vorgeschlagen bzw. akzeptiert, etwa in Österreich und der Schweiz, vgl. Pflüger GRUR-Prax 2011, 51.

⁵⁴⁴ Vgl. Pflüger GRUR-Prax 2011, 51.

⁵⁴⁵ Vgl. BPatG GRUR 2004, 61, 63 – BVerwGE: „Nach Auffassung des Senats sollte die Teilfrage 3.3. allgemein verständlicher und gezielter formuliert werden, um größere Klarheit darüber zu gewinnen, ob der Befragte in dem Zeichen ein Unternehmenshinweis sieht oder nicht,...“; Pflüger GRUR 2004, 652, 654 f.; Eichmann GRUR 1999, 939, 945.

als Unternehmenshinweis aufgefasst wird.⁵⁴⁶ Aufgrund der Formulierung in der vorangehenden Fassung der Markenanmeldungsrichtlinie von 1995 gingen daher regelmäßig wichtige Positivantworten verloren. Vielen Befragten fällt tatsächlich nur die beschreibende Funktion der Marke ein, wenn es um vermeintlich beschreibende Sachangaben geht. Dennoch schließt das nicht aus, dass einige Befragte, ohne dies im Gutachten vorzubringen, davon ausgehen, die Bezeichnung werde nicht auch nur von einem einzigen, ganz bestimmten Unternehmen verwendet. Mit der Neuformulierung war diese Gefahr gebannt, denn solange das Zeichen auch als Unternehmenshinweis verstanden wird, kann es nicht ausschließlich eine Sachangabe darstellen. Darüber hinaus war nach Pflüger⁵⁴⁷ die Antwortalternative der Markenanmeldungsrichtlinie von 1995 für zahlreiche Markentypen nicht geeignet und zudem nicht für alle befragten Personen verständlich, was dazu führte, dass befragte Personen die unverständliche Antwort mieden und auf eine andere Antwortalternative auswichen. Die aktuell verwendete Formulierung soll nach Pflüger das geeignetste Synonym für die Sachangabe repräsentieren, da die Versagung jeglichen Unternehmenshinweises für den durchschnittlichen Befragten die am ehesten verständliche Formulierung darstelle.

Eichmann⁵⁴⁸ äußert sich dagegen nicht nur bezüglich dieser inzwischen abgeänderten Antwortalternative gegenüber dem in der Richtlinie für Markenmeldungen wiedergegebenen Fragebogen für ein demoskopisches Gutachten skeptisch. Die vier zur Verfügung gestellten Antwortmöglichkeiten betrachtet er als Erschwernis des Durchsetzungsnachweises. Zudem kritisiert er die Vorgabe von gestützten Fragen, da die Festlegung der Reihenfolge die Gefahr mit sich bringen könne, dass die erste oder die letzte Alternative bevorzugt werde.⁵⁴⁹

Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Ein solches Verhalten tritt, wie er selbst ausführt, umso häufiger auf, je schwerer die Antwortvorgaben zu erfassen sind. Manche erachten daher bei mündlich direkten Befragungen eine Listenvorgabe mit sogenannter

⁵⁴⁶ Vgl. auch EuGH GRUR 1999, 723, 727 – Chiemsee: „über den beschreibenden Sinngehalt hinausgehend“; EuGH GRUR 2002, 804, 808 – Philips/Remington.

⁵⁴⁷ Vgl. Pflüger GRUR 2004, 652, 654.

⁵⁴⁸ Vgl. Eichmann GRUR 1999, 939, 945.

⁵⁴⁹ Nach Noelle-Neumann/Schramm S. 43 und Müller S. 144 hätten Untersuchungen ergeben, dass sich die Reihenfolge der Vorgaben auf die Häufigkeit der Antworten auswirken kann. Dieser sog. Primacy- oder Reihenfolge-Effekt besagt, dass die erstgenannten Antwortkategorien stets die meisten Nennungen auf sich zögen. Ebenso wird allerdings auch behauptet, dass das zuletzt Gehörte (recency-Effekt) am ehesten haften bleibe und deshalb Antworten auf sich zöge.

Rotation⁵⁵⁰ der Antwortalternativen für ratsam. Dies mag bei gestützten Fragen im Bereich des Irreführungsgutachtens der Fall sein. In dem Fragebogen der Markenmeldungsrichtlinie sind die Antwortalternativen jedoch sehr leicht zu überschauen und klar verständlich. Eine dahingehende Tendenz, bestimmte Antworten aufgrund ihrer Reihenfolge zu bevorzugen, ist beim Verkehrsdurchsetzungsverfahren mit seinen vier kurzen Antwortalternativen nicht ersichtlich.⁵⁵¹

Die vierte Vorgabe, die Befragungsperson kann dazu nichts sagen, lädt nach Ansicht Eichmanns dazu ein, einer Festlegung bezüglich einer der drei Inhaltsvorgaben aus dem Weg zu gehen. Sollte eine solche Tendenz tatsächlich existieren, ist diese unvermeidbar, denn für die Vollständigkeit der geschlossenen Frage sind diese Antwortalternativen zwingend notwendig. Würde man den Testpersonen ein solches Fehlverhalten unterstellen, wäre vielmehr der Beweiswert eines rechtsdemoskopischen Gutachtens anzuzweifeln.⁵⁵²

Darüber hinaus wirft Eichmann die Frage auf,⁵⁵³ welche Antwortmöglichkeit eine Person wählen soll, der einerseits geläufig ist, dass es sich bei dem Begriff „Chiemsee“⁵⁵⁴ um ein Gewässer in Süddeutschland (also nicht um einen Unternehmenshinweis) handelt, andererseits aber auch um einen Hinweis auf ein ganz bestimmtes Unternehmen (Kleidungsbranche). Die befragte Person könne dies als Aufforderung empfinden, sich für eine der beiden Antwortmöglichkeiten zu entscheiden, was sich für den Anmelder möglicherweise nachteilig auswirke. Würden beide Antwortmöglichkeiten angekreuzt, bliebe schließlich unklar, welche Auswirkungen dies auf die Auswertung mit sich bringt. Dieses Dilemma ist seiner Ansicht nach nur zu lösen, indem die Antwortmöglichkeit gewählt wird, dazu nichts sagen zu können. Da sich dies für den Anmelder als nachteilig erwiese, wird es dieser⁵⁵⁵ als vorzugswürdig erachten, eine offene Antwortmöglichkeit zur Verfügung zu stellen.

Diese Problematik besteht in der Tat. Ob sich die befragte Person allerdings tatsächlich dazu verleitet sieht, die Antwortalternative „*gar nichts dazu sagen zu können*“ vor-

⁵⁵⁰ Bei der Rotation wird für einzelne Teilgruppen die Reihenfolge der jeweiligen Antwortkategorie geändert.

⁵⁵¹ Vgl. Pflüger GRUR 2004, 652, 655.

⁵⁵² Auch die Befürchtung, dass bei der Befragung klanglich etwas verloren geht, dürfte eine solche Listenvorlage kaum rechtfertigen, da dies durch eine klare Aussprache und deutliche Darstellung durch den Interviewer ebenso bewerkstelligt werden kann.

⁵⁵³ Vgl. Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 50.

⁵⁵⁴ Vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727, Nr. 47 – Chiemsee.

⁵⁵⁵ Vgl. Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 50.

zuziehen, ist zweifelhaft. Eine offene Antwortmöglichkeit würde jedenfalls über das Ziel hinausgehen, da sie an sich nicht erforderlich ist. Eichmann erkennt, dass der Frageformulierung bereits ein „*Zusammenhang mit den Waren*“ zugrunde liegt. Im Zusammenhang mit den abgefragten Waren oder Dienstleistungen dürfte eine derartige Konstellation wohl kaum zu Verwirrungen bei der Beantwortung im Zusammenhang mit den vorgelegten Antwortalternativen führen. Selbst wenn man dies immer noch für möglich erachtet, wäre es vorzugswürdig und auch vollkommen ausreichend, die vorhandenen Antwortmöglichkeiten leicht zu verändern. Formuliert man die Antwortmöglichkeit 1 und 2 wie folgt, könnte dieses Problem gänzlich gelöst werden: „... Hinweis auf ein/mehrere Unternehmen bzw. zumindest auch als ein Hinweis auf ein/mehrere Unternehmen.“ Zwingend notwendig ist dies jedoch, wie bereits ausgeführt, nicht.

In der Literatur wird diskutiert, ob auf der zweiten Stufe eine Unterteilung vorgenommen werden sollte, die letztlich zu einem vierstufigen statt dreistufigen Aufbau führen würde.⁵⁵⁶ Es soll danach zunächst differenziert werden, ob „überhaupt ein Herstellerhinweis bei dieser Art von Marke in Frage kommt“. Bejaht der Befragte dies, soll geklärt werden, ob der Befragte davon ausgeht, das Zeichen stamme „nur von einer Marke bzw. von einem einzigen Hersteller“ oder von mehreren Marken bzw. Herstellern. Die Befragten sollen also zu „überhaupt“ Stellung nehmen, ohne mit der entscheidenden Alternative konfrontiert worden zu sein, dass das Zeichen auf „einen bestimmten Hersteller“ hinweist.⁵⁵⁷ Der Befragte würde statt der vier Antwortalternativen zunächst nur zwei vorgelegt bekommen. Das Ergebnis der Befragung könnte zulasten des Markeninhabers verfälscht werden, wenn der Befragte irritiert wird, weil er seine Vorstellungen in den vorformulierten Antwortmöglichkeiten nicht wieder findet.^{558, 559}

⁵⁵⁶ Vgl. Niedermann GRUR 2006, 367, 371.

⁵⁵⁷ Vgl. Pflüger GRUR-Prax 2011, 51.

⁵⁵⁸ Vgl. Pflüger GRUR-Prax 2011, 51.

⁵⁵⁹ Vgl. aber auch Pflüger GRUR 2014, 423, 425, wonach es eine Möglichkeit gäbe, z.B. zur Vereinfachung bei (relativ seltenen) telefonischen Umfragen, auf eine drei-Alternativen-Variante zu verkürzen. Dabei muss die erste Antwortmöglichkeit „Hinweis auf ein bestimmtes“ allerdings bestehen bleiben, während die beiden weiteren Alternativen „Hinweis auf mehrere“ und „Gar kein Unternehmens-Hinweis“ zu „Kein bestimmter Unternehmenshinweis“ zusammengezogen werden können. Dies sei jedoch nur ganz ausnahmsweise verwertbar, nämlich solange es in einem Markt nur ein Unternehmen mit dem jeweiligen Zeichen gibt. Ansonsten sei jedoch von einer Vereinfachung des Befragungsschemas abzuraten.

ee) Frage 3. – der Zuordnungsgrad

(1) Gegenwärtige Auswertungspraxis

Frage 3. soll die namentliche Zuordnung ermitteln und dient hauptsächlich als Korrektur für solche Fälle, in denen das Zeichen einem falschen Unternehmen zugeordnet wird, sowie zur Klärung des Sachverhalts im Sinne einer Absicherung.

Im Hinblick auf die Überprüfung bzw. Korrektur des Kennzeichnungsgrades kommt es hingegen nicht darauf an, ob das jeweilige Unternehmen konkret benannt werden kann. Lediglich falsche Unternehmensbezeichnungen, die nicht im weitesten Sinne als richtig anzusehen sind, auch wenn sie eventuell auf einem Irrtum beruhen, werden bei der Feststellung der Verkehrsdurchsetzung beim Kennzeichnungsgrad in Abzug gebracht.⁵⁶⁰ Sie deuten darauf hin, der Verkehr nehme die erforderliche Zuordnung zu einem Unternehmen doch nicht vor. Wird dagegen nur bei Frage 3.b) – trotz „Hinweis auf mehrere Unternehmen“ in Frage 2. – nur ein Unternehmen namentlich genannt, ist durch geeignete Fragestellung zu prüfen, ob nicht tatsächlich nur ein einziges Unternehmen gemeint war.⁵⁶¹

Zurechenbar sind jedenfalls Nennungen, die lediglich andere Marken des Zeicheninhabers⁵⁶² angeben, ein mit dem Markenanmelder verbundenes Unternehmen bezeichnen oder ein Unternehmen anführen, das die Bezeichnung aufgrund einer Lizenz bzw. mit Zustimmung des Anmelders benutzt. Alternative Indikatoren wie die Beschreibung sonstiger Produkte des Herstellers oder des Zielpublikums sollen ebenfalls möglich sein.⁵⁶³ Kann dagegen eine Testperson auf diese Frage keine Antwort geben, so wird dies nach der gängigen Praxis trotzdem positiv gewertet,⁵⁶⁴ obwohl eine namentliche Zuordnung nicht stattfand und der Befragte eventuell innerlich von einem anderen Unternehmen ausging. Das fehlende Erfordernis der Namenskenntnis kann sich demnach positiv für den Anmelder auswirken.

Zwischen Literatur und Praxis nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob bzw. inwieweit auch fehlerhafte bzw. ungenaue Antworten einer besonderen Beweiswürdigung

⁵⁶⁰ Vgl. BGH GRUR 1965, 146, 149 – Rippenstreckmetall II; BGH GRUR 2003, 1040, 1043 – Kinder; BGH GRUR 2007, 1071, 1073 – Kinder II; BPatG GRUR 2007, 324, 328 – Kinder (schwarz-rot); Fezer § 8, Rn. 691; Ingerl/Rohnke § 8, Rn. 328; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 488; Dobel S. 143 f..

⁵⁶¹ Vgl. Markenanmeldungsrichtlinie IV.5.17 **Anhang II**.

⁵⁶² Vgl. BGH GRUR 2008, 505, 509, Nr. 30 – TUC-Salzcracker; BPatG GRUR 2007, 593, 596 – Ristorante; BPatG GRUR 2007, 324, 328 – Kinder (schwarz-rot).

⁵⁶³ Vgl. Niedermann GRUR 2006, 367, 368.

⁵⁶⁴ Vgl. BGH GRUR 1965, 146, 149 – Rippenstreckmetall II; BPatG GRUR 1997, 833, 835 – digital; BPatGE 17, 127, 133 – CFC.

zu unterziehen sind. So gilt die Nennung eines vom Anmelder abweichenden Namens nicht als schädlich, sofern auf diese namentlich genannten Anbieter geringe Prozentsätze entfallen.⁵⁶⁵ Anders stellt sich die Sachlage jedoch dar, wenn sie in beachtlichem Umfang benannt werden.⁵⁶⁶ Für den Verkehr ist es oftmals schwer, in Zeiten wirtschaftlicher Umwälzungen eine konkrete und richtige Zuordnung vorzunehmen. Oftmals interessiert es die Verbraucher auch nicht, ob „Nivea“ der Beiersdorf AG oder Procter & Gamble gehört oder ob „Maggi“ ein eigenständiges Unternehmen darstellt oder eine entsprechende Marke auf Nestlé hinweist.

Pflüger⁵⁶⁷ zufolge gilt demoskopisch nichts anderes für Antworten, die mit dem Zeichen ausschließlich das Produkt eines bestimmten Unternehmens verbinden, aber irrtümlich ein falsches benennen.⁵⁶⁸ Zumindest sei bei der namentlichen Zuordnung das jeweilige Marken Umfeld aus der subjektiven Sicht der Befragten einzubeziehen und auch die umgangssprachliche Situation des Verkehrs zu berücksichtigen. Dies ist jedoch zu hinterfragen, da eine Abgrenzung nicht möglich ist und somit ein spekulatives Element einfließt, das den auf Tatsachen beruhenden Beweiswert des Gutachtens schmälert. Pflüger erachtet es aber auf Grund ihrer Umfrageerfahrung⁵⁶⁹ zudem für gerechtfertigt, in Märkten, in denen ein ähnliches Konkurrenzzeichen existiert und besonders viele Fehlzusordnungen auftreten, einen entsprechenden Abzug bei der Kennzeichnungskraft zuzulassen. Es sei in diesen Fällen davon auszugehen, dass derjenige, der die Farbe gerade von dem genannten anderen Hersteller kennt, diesen auch tatsächlich meint.⁵⁷⁰

Verfehlt wäre es aber sicherlich, bei der Auswertung auf eine ganz exakte Firmierung zu bestehen, obwohl die befragte Person ganz offensichtlich das richtige Unternehmen im Sinn hatte, z. B. wenn es sich um ein Nachfolgeunternehmen des ehemaligen Staatsbetriebs „Post“ handelt und die Bezeichnung „frühere Bundespost“ nicht po-

⁵⁶⁵ Vgl. BGH GRUR 2008, 505, 509, Rn. 30 – TUC-Salzcracker; BGH GRUR 2007, 1071, 1073, Rn. 32 – Kinder II; BPatG vom 18.12.2009, Az.: 29 W (pat) 115/07, Nr. 27 – Gelb; Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 42; Niedermann GRUR 2006, 367, 371; Ingerl/Rohnke § 8, Rn. 328; BGH GRUR 2008, 505 ff., Rn. 30 – TUC-Salzcracker; BGH GRUR 2007, 1071, 1073 Rn. 32 – Kinder II.

⁵⁶⁶ Vgl. BGH GRUR 2008, 505, 509, Nr. 30 – TUC-Salzcracker; BGH GRUR 2007, 1071, Nr. 32 – Kinder II; BPatG vom 18.12.2009, Az.: 29 W (pat) 115/07, Nr. 27 – Gelb. Wann allerdings ein „beachtlicher Umfang“ vorliegt, bleibt offen.

⁵⁶⁷ Vgl. Pflüger GRUR 2004, 652, 656.

⁵⁶⁸ Wenn etwa bei Vorlage des Mercedes-Sterns nicht Daimler genannt wird, sondern BMW.

⁵⁶⁹ Vgl. Pflüger GRUR 2014, 423, 428, wonach sich nach ihren bisherigen Untersuchungen – gegenüber meist 2 bis 5 % scheinbarer Fehlzusordnungen in Märkten ohne „Zeichen-Konkurrenz“ – regelmäßig deutlich höhere Fehlzusordnungen von 10 bis 15 % in Märkten ergäbe, bei denen eine ähnliche Konkurrenz-Marke existiert.

⁵⁷⁰ Vgl. Pflüger GRUR 2014, 423, 428.

sitiv gewertet würde.⁵⁷¹ In gleicher Weise ist es zu bewerten, wenn der Befragte auf den Anmelder hinweisende Identifikationsmerkmale benennt, z. B. Produkte oder andere Haupt- und Serienmarken.⁵⁷² Entsprechendes gilt für Fälle, in denen die Befragten die fragliche Marke selbst als Firmenbezeichnung angeben, weil sie nicht klar zwischen Firmen- und Markennamen des Anmelder unterscheiden können, aber ersichtlich nur den Anmelder und kein anderes Unternehmen benennen wollen.⁵⁷³ Eine Änderung der Zuordnungsfrage wäre daher insofern erforderlich, als sie nicht nur nach dem Unternehmen, sondern auch nach anderen Merkmalen fragt, die der Befragte eventuell mit dem der Befragung zugrunde liegenden Zeichen verbindet.⁵⁷⁴

(2) Kritik

Insgesamt ist in Erwägung zu ziehen, die früher bewährte Praxis, die die Zuordnungsfrage lediglich als bloße Kontrollfrage einsetzte mit der Folge, dass die Ergebnisse aus dieser Frage keine Auswirkungen auf die Prozentsätze zeigten, die sich aus der Kennzeichnungsfrage ergaben, wieder aufzunehmen.⁵⁷⁵

Der Ansicht⁵⁷⁶, die stets einen solchen Abzug bei ausdrücklicher Fehlzurordnung vornimmt, ist nicht zu folgen. Ihre Vertreter stellen u. a. darauf ab, dass es dem Anmelder nach Grundsätzen des Wettbewerbsrechts verwehrt sein soll, auf Benutzungshandlungen der Mitbewerber zurückgreifen zu können.

Dabei wird jedoch verkannt, dass nicht die Benutzungshandlung des Mitbewerbers eine falsche Bezeichnung veranlasst, sondern die Unkenntnis des Befragten über den tatsächlichen Benutzer. Darüber hinaus handelt es sich bei der Erreichung der Verkehrsdurchsetzung um einen Besitzstand, der im Eintragungsverfahren mit Ausnahme

⁵⁷¹ Vgl. Pflüger Mitt. 2007, 259, 266.

⁵⁷² Vgl. Utz S. 134; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 563; *Ströbele GRUR* 2008, 569, 571.

⁵⁷³ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 488 m.w.N.

⁵⁷⁴ Vgl. Utz S. 134.

⁵⁷⁵ So auch *Hasselblatt/Eichmann* § 9, Rn. 54; *Niedermann GRUR* 2006, 367, 371; *Pflüger GRUR* 2004, 652, 656; *Fezer/Fink* Band I (1. Auflage), Nationales Markeneintragungsverfahren DPMA, Rn. 359; a.A. nun *Fezer/Fink*, Nationales Markeneintragungsverfahren DPMA, Rn. 359.

⁵⁷⁶ Etwa *Ingerl/Rohnke* § 8, Rn. 328; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 488; *Ströbele GRUR* 2008, 569, 571 f. m.w.N.; vgl. auch Utz S. 135 ff., der als Grundlage der Verkehrsdurchsetzung die Leistung des Zeicheninhabers hervorhebt und diesem Leistungsgedanken würde es widersprechen, wenn die Bezeichnung anderer Unternehmen bei der Befragung dem Zeicheninhaber zu Gute käme. Utz widerspricht sich hingegen zum Teil auf S. 139, indem er die Benennung mehrerer Unternehmen (darunter den Zeicheninhaber), die nach Ansicht des Befragten wirtschaftlich in Verbindung stehen, positiv für den Kennzeichnungsgrad bewerten will. In diesem Fall wäre es je nach Art der Unternehmensverbindung aber doch dann auch so, dass die Leistung eines anderen Unternehmens dem Zeicheninhaber zu Gute käme, auch wenn die Leistung auf die Unternehmen „aufgeteilt“ wäre.

des § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG keine Berücksichtigung findet.⁵⁷⁷ Sollte der Besitzstands-inhaber nicht mit dem Anmelder übereinstimmen, bliebe diesem weiter die Möglichkeit, sich vor ordentlichen Gerichten der bösgläubigen Marken-anmeldung zu erwehren. Dass der Anmelder auch Benutzer der Marke ist, lässt sich – möglicherweise mit einigem Aufwand – objektiv feststellen und darf nicht dazu führen, den bereits ermittelten Kennzeichnungsgrad zu schmälern, wenn fälschlicherweise ein Mitbewerber genannt wird, der sonst in keiner Weise mit dem Zeichen in Verbindung steht. Zwar ist die Prüfung der Identität des Anmelders mit dem tatsächlichen Benutzer der Marke nach der hier vertretenen Ansicht nicht bzw. nur grob im Anmeldeverfahren vonseiten des DPMA zu überprüfen,⁵⁷⁸ jedoch sollte hiervon eine Ausnahme gemacht werden, sofern die auf Frage 3. erhaltenen Antworten Hinweise auf ein nicht mit dem Anmelder verbundenes Unternehmen hervorbringen. Dieses Vorgehen ist dem DPMA zuzumuten und bürdet dem Anmelder somit nicht weitere, übermäßige Anforderungen bezüglich des Verkehrsdurchsetzungsnachweises auf. Der Rechtsgrundsatz, lediglich eine für den Anmelder festgestellte Verkehrsdurchsetzung genüge den Anforderungen des § 8 Abs. 3 MarkenG,⁵⁷⁹ bleibt hierdurch unberührt. Bezüglich des Verkehrsdurchsetzungsnachweises soll ausschließlich die Beantwortung der Frage den Ausschlag geben, ob das zur Anmeldung vorgelegte Zeichen, unter Berücksichtigung der Eintragungshindernisse, eintragungsfähig ist. Ausreichend muss daher sein, dass das Zeichen als Unternehmenshinweis verstanden wird. Soweit zur Begründung der Auffassung, es komme auf die richtige Zuordnung an, auf die im Kollisionsverfahren geltenden Bewertungsmaßstäbe Bezug genommen wird,⁵⁸⁰ ist dies nicht korrekt. So sind im Kollisionsverfahren Umstände zu berücksichtigen, die eine andere Handhabung rechtfertigen, nicht so jedoch im Eintragungsverfahren. Im Kollisionsverfahren kommt es vielmehr auch auf den Schutzzumfang des Zeichens an. Dabei ist eine gesteigerte Kennzeichnungskraft tatsächlich nur anzunehmen, wenn neben einem hohen Kennzeichnungsgrad auch ein hoher Zuordnungsgrad besteht und keine Fehlzusordnungen vorliegen.

Die Maßgeblichkeit der Frage nach dem Zuordnungsgrad wird teilweise mit dem Argument für erforderlich erachtet, dass der Marke eine Herkunftsfunktion beizumessen

⁵⁷⁷ Vgl. Kern GRUR 2001, 792, 794.

⁵⁷⁸ Vgl. hierzu Kap. C.III.4.

⁵⁷⁹ Vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 808, Nr. 65 – Philips/Remington.

⁵⁸⁰ Vgl. Ströbele/Hacker § 8, Rn. 487.

ist. Die Herkunftsfunktion, die zweifellos die Hauptfunktion einer Marke darstellt⁵⁸¹ und in diesem Zusammenhang auch tatsächlich entscheidend ist,⁵⁸² ist aber bereits dann als ausreichend erfüllt anzusehen, wenn dem Verkehr durch die Benutzung des Zeichens ermöglicht wird oder wurde, die konkrete Ware oder Dienstleistung ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden.⁵⁸³ Um dies beurteilen zu können, bedarf es jedoch lediglich der Ermittlung des Kennzeichnungsgrades. Zieht man eine falsche Zuordnung ab, würde man zu hohe Anforderungen an die Eintragungsfähigkeit der Marke stellen. Ein hoher Zuordnungsgrad kann sich lediglich positiv zur Unterstützung des Vortrags, das angemeldete Zeichen habe sich im Verkehr durchgesetzt, auswirken. Ein niedriger Zuordnungsgrad darf dagegen keine negativen Folgen zeitigen.⁵⁸⁴

Es wurde bereits ausgeführt, dass die Abgrenzung subjektiv irrtümlich erfolgter Fehlzusordnungen von tatsächlicher Fehlvorstellung nicht objektiv feststellbar ist. Hieraus resultieren inakzeptable Unwägbarkeiten, bis zu welcher Grenze einer nicht korrekt und nicht vollständig erfolgten Zuordnung hinreichend deutlich zu entnehmen ist, dass die Antworten auf den Anmelder hinweisen und nicht auf ein völlig anderes Unternehmen.

Nichts geändert hat sich darüber hinaus an der Ursache, weshalb die frühere Praxis lediglich von einer Kontrollfrage ausging: Die breite Bevölkerung habe lediglich geringes Interesse an einer Anbieteridentifikation und ein noch geringeres Wissen über das tatsächlich dahinterstehende Unternehmen.⁵⁸⁵ Dies dürfte angesichts der zunehmenden Globalisierung und wirtschaftlichen Umwälzungen auf gegenwärtige und zukünftige

⁵⁸¹ Neben der Herkunftsfunktion besitzt eine Marke noch eine Identifizierungs-, Unterscheidungs-, Qualitäts-, Kommunikations-, Investitions- und Werbefunktion, vgl. EuGH GRUR 2009, 756, 759, Rn. 58 – L'Oréal/Bellure; Utz S. 141 f.

⁵⁸² Vgl. EuGH GRUR 2009, 756, 759, Rn. 58 – L'Oréal/Bellure; EuGH GRUR 2003, 55, 58, Nr. 48 – Arsenal Football Club plc.

⁵⁸³ Vgl. zu Art. 5 I lit. b MarkenRL EuGH GRUR 2009, 756, 759, Rn. 58 f. – L'Oréal/Bellure; *EuGH*, GRUR 2008, 698, 700, Nr. 57 – O2 und O2 [UK]/H3G; EuGH GRUR 2003, 55, 58, Nr. 48 – Arsenal Football Club plc; zu § 14 II Nr. 2 MarkenG BGH GRUR 2010, 1103, 1105, Nr. 25 – Pralinenform II; BGH GRUR 2009, 484, 481, Nr. 60 – METROBUS; BGH GRUR 2007, 780, 782, Nr. 22 – Pralinenform.

⁵⁸⁴ Vgl. Utz S. 142.

⁵⁸⁵ Vgl. Niedermann GRUR 2006, 367, 370, wonach 1984 15 sehr bekannte Marken getestet wurden, und bei einem Bekanntheitsgrad von durchschnittlich 96 % ein durchschnittlicher Zuordnungsgrad von lediglich 22 % gegenüberstand und 2004 ein Verhältnis von 94 % zu 18 % festzustellen war. Vgl. auch Pflüger 2014, 423, 427 f., die als besonderes Beispiel den Zeitschriftenmarkt benennt: Verlage sind aus Desinteresse häufig nicht bekannt und werde deshalb namentlich nicht richtig zugeordnet obwohl inhaltlich klar ist, dass es „Bild der Frau“ oder den „Stern“ nur von jeweils einem bestimmten Verlag gibt.

Befragungen mehr denn je zutreffen.⁵⁸⁶ Mehrere Umfragen bestätigten diese These. So bestand für einen neutralisierten Salzcracker der Marke TUC ein Kennzeichnungsgrad von 52,6 %. Lediglich 1,1 % der Befragten nahmen dabei eine richtige Zuordnung vor.⁵⁸⁷ Knorr konnte einen Bekanntheitsgrad von 97 % verzeichnen, aber lediglich einen Zuordnungsgrad von 3 %.⁵⁸⁸ Ähnlich verhielt es sich im Rahmen der gleichen Erhebung für Whiskas, das einen Bekanntheitsgrad von 96 % aufwies, wohingegen nur 2 % der befragten Personen richtig zuordneten.

Dem wird entgegengehalten, Antworten wirkten sich nur negativ aus, wenn Unternehmen benannt werden, die in keiner rechtlichen oder tatsächlichen Verbindung mit dem Anmelder stehen bzw. nicht anderweitig entsprechend dem soeben Ausgeführten zurechenbar sind.⁵⁸⁹ Diese Ansicht verkennt wiederum die demoskopisch nachgewiesene Tatsache, dass Menschen und damit auch die befragten Personen im Falle der Unwissenheit eher dazu geneigt sind, zu raten, als eine vermeintliche Unzulänglichkeit einzuräumen.⁵⁹⁰ Demzufolge sollte auch unter Berücksichtigung der Annahme, Rateantworten könnten falsch sein und offengelegtes Nichtwissen stünde einer markenmäßigen Wirkung nicht entgegen, allein der Kennzeichnungsgrad maßgeblich sein.⁵⁹¹ Die einzig entscheidende Frage, ob der Verkehr das angemeldete Zeichen, das für gewöhnlich keine markenmäßige Wirkung entfaltet und daher auch keinen Markenrechtsschutz genießt, als Unternehmenshinweis versteht und folglich eine Eintragung gerechtfertigt scheint, wird bereits durch die Ermittlung des Kennzeichnungsgrades beantwortet.⁵⁹² Der namentlichen Zuordnung kommt lediglich die Bedeutung zu, über die Identität des Anmelders und des Unternehmens, welches das Zeichen im geschäftlichen Verkehr als Marke benutzt, eine Aussage zu treffen. Dieser Umstand ist anhand objektiver Quellen und Vorlagen allerdings verlässlicher zu prüfen. Eine solche Kontrolle sollte jedenfalls dann erfolgen, wenn durch die Befragung erlangte Indizien fraglich wird, ob die Benut-

⁵⁸⁶ Vgl. Pflüger GRUR 2004, 652, 656.

⁵⁸⁷ Vgl. BGH GRUR 2008, 505, 508, Nr. 30 – TUC-Salzcracker.

⁵⁸⁸ Diese und weitere Werte in ähnlicher Größenordnung hat das Institut für Demoskopie Allensbach im Sommer 2004 ermittelt (Milka 99 % zu 4 %; Odol 94 % zu 1 %); vgl. Niedermann GRUR 2006, 367, 370. Auch PERSIL ist 98 % der Bevölkerung über 14 Jahren bekannt, aber nur 64 % wissen, dass es von Henkel stammt und 5 % beantworten die Frage nach dem Hersteller fälschlich mit dem Namen der Konkurrenz; vgl. Pflüger GRUR 2014, 423, 427.

⁵⁸⁹ Vgl. BGH GRUR 2007, 1071, 1073, Nr. 30 – Kinder II m.w.N.; Ströbele GRUR 2008, 569, 572

⁵⁹⁰ Vgl. Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 54; Pflüger GRUR-Prax 2011, 51.

⁵⁹¹ Vgl. Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 119 f.

⁵⁹² Vgl. auch Prüfer GRUR 2008, 103, 109, die dann aber wiederum jegliche Fehlzuordnungen im Rahmen der freien Beweiswürdigung für abzugsfähig erachtet.

zung des Zeichens dem Anmelder zuzuordnen ist. Anlass, an der gegenwärtigen Praxis festzuhalten, gibt dies jedoch nicht.

Utz⁵⁹³ schlägt vor, die Relevanz der richtigen Zuordnung von der Bedeutung des Herstellerinteresses im jeweiligen Produktsegment abhängig zu machen. In einigen Produktbereichen, z. B. bei Tabakwaren, Zeitschriften oder bei Zeichen, deren Verwendung auf Fachkreise abzielt, ist die Identifikation des Herstellers von hoher Bedeutung, was sich auch positiv im Zuordnungsgrad widerspiegelt. Der pauschale Abzug falscher Zuordnungen würde zu einer Ungleichbehandlung führen, abhängig von der jeweiligen Produktkategorie. Kommt es dem Verkehr nicht in erster Linie auf den Hersteller an, ergibt sich eine richtige Zuordnung schwerer als in herstelleraffinen Bereichen. Eine solche angebliche Ungleichbehandlung widerspreche dem Leistungsschutzgedanken, da nicht ausschließlich die Leistung des Anmelders belohnt werde.⁵⁹⁴ In herstelleraffinen Bereichen wären demnach Fehlzuordnungen strenger zu bewerten als in den Fällen, in denen das Interesse des Verkehrs am Hersteller gering sei. Utz befürwortet eine weitere Frage, die das Interesse am Hersteller im Produktbereich des abgefragten Zeichens feststellen soll. Beschränkt sich das Interesse des Verkehrs am Hersteller auf weniger als ein Drittel, müsse der Zuordnungsgrad irrelevant sein. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen. Zum einen widerspricht Utz sich selbst, indem er die Heranziehung von Vergleichswerten anderer Zeichen oder Marken im jeweiligen Waren- oder Dienstleistungssektor ablehnt, da es gerade nicht auf die Marktlage ankomme.⁵⁹⁵ Dies ist insofern richtig, als bei der Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens ausschließlich eine konkrete Betrachtung des Zeichens und nicht eine Vergleichsbetrachtung entscheidend ist.⁵⁹⁶ Soll die Marktlage aber unberücksichtigt bleiben, dann doch auch die Frage des Verkehrsinteresses am Hersteller, denn nichts anderes wäre aus den Vergleichswerten zu ersehen. Ergäben diese einen durchwegs hohen Zuordnungsgrad, so ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um Marktsegmente handelt, in denen das Interesse des Verkehrs am Hersteller sehr hoch ist. Andernfalls wäre ein hoher Anteil richtiger Zuordnungen gerade nicht erzielbar. Es handelt sich bei den nicht herstelleraffinen Märkten darüber hinaus um Märkte, bei denen es besonders viele Marken/Zeichen und Wettbewerber gibt. Für diese Märkte ist der Bedarf an einer freien Nutzung nicht eintragungsfähiger Zeichen

⁵⁹³ Vgl. Utz S. 143 ff.

⁵⁹⁴ Vgl. Utz S. 146.

⁵⁹⁵ Vgl. Utz S. 151.

⁵⁹⁶ So auch Utz S. 151.

daher höher einzuschätzen, weshalb dem Zeicheninhaber die Eintragung zu verweigern ist. Es würde daher vielmehr einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung entsprechen, die zulasten des Wettbewerbs ginge, wären die Anforderungen nicht die gleichen. Die Relevanz des Zuordnungsgrades darf nicht von einem etwaigen Herstellerinteresse abhängig gemacht werden.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Zeichen- bzw. Angebotsart sowie die Stellung des Anmelders am Markt eine Steuerungswirkung entfalten und verfälschte Ergebnisse hervorrufen können.⁵⁹⁷ So wären etwa Wortmarken begünstigt, deren Markennamen mit dem Hersteller identisch sind, wie z. B. „Avon“ und „Shell“. Ausgehend von Rateantworten wären weiter Marktführer⁵⁹⁸ im Vorteil, da deren Angabe naheliegt, ohne diese tatsächlich zu kennen.⁵⁹⁹ Bei Bildzeichen, 3-D-Gestaltungen, Formen und Farben reicht es der Praxis für die Zuordnung aus, wenn die befragte Person die zu dem konkreten Produkt zugehörige Marke nennt, weshalb diese Markenformen im Vergleich zu anderen bevorteilt würden. Die Bekanntheit und die mögliche korrekte Zuordnung einer Marke hängen zudem vom Grad der Bildung der befragten Personen ab, weshalb in diesem Zusammenhang Marken im Vorteil sind, die vornehmlich gebildete Kreise ansprechen, z. B. Software und Druckerzeugnisse. Ebenso begünstigt wären Hersteller mit einem einfachen, eingängigen Namen im Gegensatz zu komplexeren bzw. fremdsprachigen Namensgebilden.

An dem in Deutschland etablierten Fragebogaufbau ist folglich weiterhin festzuhalten, allerdings ohne die Angaben zur konkreten Herstelleridentifikation als Kern des Modells zu betrachten.⁶⁰⁰ Die richtige Herstellerzuordnung sollte allenfalls normativ beurteilt werden. So können prozentual vergleichsweise hoch angesiedelte Zuordnungswerte als Pluspunkt für den Markeninhaber und außerordentlich viele Fehlangaben⁶⁰¹ als Relation der abstrakten Herstellerzuordnung dienen oder Anlass zu weiteren Prüfungen geben. Letzteres rechtfertigte zwar keinen Abzug bei den prozentualen Werten, könnte dafür jedoch eine genaue Prüfung – auch unter gesonderter Heranziehung der anderen die Verkehrsdurchsetzung möglicherweise nachweisenden Umstände – er-

⁵⁹⁷ Vgl. Niedermann GRUR 2006, 367, 370.

⁵⁹⁸ Etwa Microsoft für Betriebssysteme, Intel für PC-Chips, Persil für Waschmittel, Milka für Schokolade, Nokia für Mobiltelefone, Deutsche Telekom für Telekommunikationsdienste.

⁵⁹⁹ Sog. „Top of Mind Responses“.

⁶⁰⁰ Etwas anderes gilt für das Verletzungsverfahren, wo es bei der Beurteilung (einer gesteigerten) Kennzeichnungskraft im Wesentlichen auf die Zuordnung zu dem konkreten Unternehmen ankommt.

⁶⁰¹ Etwa in Fällen, bei denen ein ähnliches Zeichen ebenfalls von Wettbewerbern verwendet wird; vgl. Pflüger GRUR 2014, 423, 428.

forderlich machen.⁶⁰² Fehlangaben sind überdies nur dann relevant, wenn sie sich auf einen oder nur sehr wenige Mitbewerber vereinen.⁶⁰³ Als Grund hierfür ist anzugeben, dass bei zersplitterten Antworten an einer Alleinstellung des Anmelders nicht zu zweifeln und in einer Gesamtschau dennoch von einem eindeutigen Unternehmenshinweis auf den Anmelder auszugehen ist.⁶⁰⁴

Sinn macht die Frage nach der richtigen Zuordnung ebenso, wenn bei Frage 2. die Antwortalternative 2.b) ausgewählt und das Zeichen als Hinweis auf mehrere Unternehmen interpretiert wird. So könnten eventuell vorhandene Fehlvorstellungen hinsichtlich der tatsächlichen oder wirtschaftlichen Verbundenheit von angegebenen Unternehmen korrigiert werden, was objektiv nachprüfbar wäre. Des Weiteren ist ein Abzug an dieser Stelle gerechtfertigt, sofern der Befragte unter Frage 3.b) mehrere Unternehmen benennt, die nicht in tatsächlicher oder wirtschaftlicher Verbundenheit stehen, bzw. er nur ein oder sogar kein Unternehmen benennen kann, aber definitiv von weiteren Unternehmen ausgeht. Denn hält der Befragte das Zeichen für einen Hinweis auf mehrere Unternehmen, so ist bei dem Zeichen nicht von einer eindeutigen Herkunftsangabe auszugehen, was wiederum zur Überwindung der Eintragungshindernisse erforderlich ist.

Ein Abzug ist im Übrigen gerechtfertigt und auch sinnvoll, wenn in einem Marktsegment zwei oder mehr ähnliche Zeichen zweier oder mehrerer verschiedener Hersteller kennzeichenmäßig eingesetzt werden und viele Befragte in ihren Antworten auf die Zuordnungsfrage einen Hersteller des nicht zur Anmeldung gebrachten Zeichens andeuten.⁶⁰⁵ Dies ist vor allem bei abstrakten Farbmarken der Fall.⁶⁰⁶ Um den tatsächlichen Kennzeichnungsgrad des die Verkehrsdurchsetzung geltend machenden Herstellers feststellen zu können, sind die auf den anderen Hersteller, der ein ähnliches Zeichen benutzt, entfallenden Antworten abzuziehen.⁶⁰⁷ Für das Gutachten resultiert daraus, dass bei der Ergebnisdarstellung eine entsprechende Untergliederung der namentlichen Zuordnung vorzunehmen ist.

⁶⁰² Nicht zuzuordnen wären auch Nennungen von Staaten oder Organisationen (etwa Bundesrepublik Deutschland, UNO); vgl. Fezer/*Fink* Band I (1. Auflage), Nationales Markenverfahren DPMA, Rn. 359.

⁶⁰³ Vgl. Niedermann GRUR 2006, 367, 371.

⁶⁰⁴ Vgl. Noelle-Neumann/Schramm GRUR 1966, 70, 73.

⁶⁰⁵ Vgl. Pflüger GRUR 2014, 423, 428.

⁶⁰⁶ Z.B. Die Farbmarke Rot für Geldinstitute (Sparkasse, Santander Consumer Bank, Hanseatic Bank u.a.), vgl. BPatG GRUR 2013, 844 – Sparkassen-Rot oder die Farbe Rot für Bohrwerkzeuge, die etwa von Hilti, Bosch, Atlas Copco u.a. verwendet wird, vgl. Pflüger GRUR-Prax 2011, 51.

⁶⁰⁷ Vgl. Loschelder/*Pflüger* § 42, Rn. 121.

ff) Aufklärungsfragen

Über die Einleitungs- und Kernfragen hinaus lässt die Anmeldungsrichtlinie weitere, sachdienliche Aufklärungsfragen⁶⁰⁸ zu, die helfen, unklare Angaben zu hinterfragen. Dies markiert eine Abkehr von der vorangegangenen Markenanmeldungsrichtlinie von 1995, die derartige Fragen als Suggestivfragen ablehnte, da diese die Befragten angeblich auf eine Antwort im Sinne des Anmelders hinlenkten. Diese Gefahr ist jedoch nicht für alle Aufklärungsfragen zu verallgemeinern. Vielmehr muss im Einzelfall gewährleistet sein, dass die Aufklärungsfragen keine bestimmte Antwort nahelegen oder den Befragten anderweitig in eine bestimmte Richtung lenken.⁶⁰⁹

Im Bereich der Einleitungsfrage wäre angesichts der Tatsache, dass bei Massenkonsumgütern grundsätzlich von einem weiten Verkehrskreis auszugehen ist und lediglich diejenigen Personen der Gesamtbevölkerung nicht dazu gezählt werden, die den Konsum kategorisch ausschließen,⁶¹⁰ eine entsprechende Aufklärungsfrage zu erwägen. So könnte eine Frage etwa wie folgt lauten:⁶¹¹ *„Lehnen Sie kategorisch, d.h. grundsätzlich den Kauf oder den Gebrauch/Verbrauch solcher Dienstleistungen/Waren ab und sind Sie sich sicher, dass dies auch in Zukunft so sein wird?“*⁶¹²

Weitgehend anerkannt, auch gem. der Markenanmeldungsrichtlinie, ist eine Aufklärungsfrage v. a. dann, wenn der befragten Person, die zunächst von mehreren Unternehmen ausging, bei der konkreten Nachfrage nach dem Unternehmensnamen nur ein Unternehmen einfällt. Damit kann nach demoskopischen Erkenntnissen ein Anstieg des Verkehrsdurchsetzungsgrades um bis zu 7 % einhergehen.⁶¹³ Eine diesbezügliche Aufklärung ist völlig zu Recht vorgesehen, da der Befragte Anlass zur Aufklärung seiner möglicherweise widersprüchlichen Angaben gegeben hat. Die Markenanmeldungsrichtlinie von 1995 sah folgende Frage vor: *„Ist dieser Name ein Beispiel, und fallen Ihnen weitere nicht ein? Oder gibt es nach Ihrer Ansicht nur dieses eine Unternehmen, auf*

⁶⁰⁸ Etwa die bereits erwähnte Frage, ob der Befragte von der wirtschaftlichen oder finanziellen Verbundenheit der verschiedenen Unternehmen ausgeht. Vgl. etwa auch BPatG GRUR 2009, 170, 173 – RAL 1012 Raps gelb, wonach durch Aufklärungsfragen ermittelt wurde, dass das Branchentelefonbuch „Die Gelben Seiten“ lediglich bei der Deutschen Post AG abzuholen sei, diese aber nicht als Herausgeber gelte.

⁶⁰⁹ Vgl. Pflüger GRUR 2014, 423, 424; Pflüger Mitt. 2006, 259, 262.

⁶¹⁰ Vgl. zur Ermittlung des beteiligten Verkehrskreises ausführlich Kap. I.9.

⁶¹¹ Selbstverständlich ist eine solche Frage nur von Bedarf, wenn die Eingangsfragen A. und B. negativ beantwortet wurden.

⁶¹² Vgl. auch Utz S. 25 f., wobei dessen Beispiel zum einen nicht mit einem einfachen „Ja“ oder „Nein“ zu beantworten wäre. Zum anderen geht aus der Frage nicht die kategorische Ablehnung hervor, die allerdings für einen Ausschluss aus dem Verkehrskreis der beteiligten Person erforderlich wäre.

⁶¹³ Vgl. Pflüger GRUR 2004, 652, 656; Levin S. 65.

das die Bezeichnung hinweist?“ Gem. der aktuellen Markenanmeldungsrichtlinie ist dagegen lediglich angedacht, durch geeignete Fragestellung zu prüfen, ob nicht tatsächlich nur ein einziges Unternehmen gemeint war, falls bei Frage 3.b) nur ein Unternehmen namentlich genannt wurde. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass eine nach der früher geltenden Markenanmeldungsrichtlinie angewandte Frageformulierung beim Befragten womöglich eine negative Stimmung verursachte, da er die Fragestellung als Vorwurf empfand, die Unternehmen nicht zu benennen zu können. Zwangloses Nachfragen kann solchen Erscheinungen vorbeugen. Fraglich ist, ob der Inhalt bzw. die Art und Weise einer solchen Nachfrage dem Interviewer überlassen bleiben darf. Durch fehlerhaftes Nachfragen bestünde nämlich die Gefahr, dass dadurch die Ergebnisse verfälscht werden und nicht mehr objektiv nachprüfbar sind. Es wird vorgeschlagen, einer solchen Gefahr vorzubeugen, indem man dem Interviewer nur eine bestimmte Auswahl von derartigen Fragen zur Verwendung vorgibt und die Interviewer entsprechend schult.⁶¹⁴ Dennoch dürfte trotz der Gefahr verfälschter Ergebnisse eine ohne bestimmte Vorformulierungen gestellte Interviewer-Frage vorzugswürdig sein. Denn unter der Bedingung, dass der Interviewer einer sorgfältigen Schulung unterzogen wurde und auch bei der Auswahl des Interviewers auf dessen ausreichende Qualifikation geachtet wurde, dürfte dem Interviewer die notwendige Kompetenz zuzusprechen sein, die Frage so zu stellen, dass keine negativen Assoziationen beim Befragten entstehen. Der Vorteil der Handlungsfreiheit wäre die erhöhte Flexibilität und die Möglichkeit, nicht vorhergesehene Situationen adäquat zu begegnen.

Kritischer einzustufen ist jedoch die bereits erwähnte Aufklärungsfrage, ob die verschiedenen Unternehmen, auf die das Zeichen nach Ansicht des Befragten hinweist (Antwortmöglichkeit 2.b)), nach den Vorstellungen des Befragten wirtschaftlich und/oder tatsächlich miteinander verbunden sind und die Antwort somit zugunsten des Anmelders zu werten ist. Das kann etwa auf eine für ein Konzernunternehmen eingetragene Marke zutreffen, die von mehreren Konzernunternehmen benutzt wird und sich im Verkehr durchgesetzt hat.⁶¹⁵ Eine solche Aufklärungsfrage kann etwa lauten: *„Meinen Sie, dass die verschiedenen Unternehmen, die Sie meinen, wirtschaftlich oder finanziell miteinander zu tun haben?“*⁶¹⁶

⁶¹⁴ Vgl. auch Utz S. 129, wobei er eine geeignete Frage vorschlägt.

⁶¹⁵ Vgl. Fezer § 4, Rn. 149; Eichmann GRUR 1999, 939, 945, Fn. 95.

⁶¹⁶ Vgl. Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 51; Pflüger Mitt. 2006, 259, 262; dahingehend auch Utz S. 138.

Es ist fraglich, ob diesbezüglich eine solche Aufklärung erstens zulässig und zweitens überhaupt erforderlich ist. Zweifel an der Zulässigkeit ergeben sich, weil eine suggestive Beeinflussung nicht ausgeschlossen werden kann. Eine solche Frage könnte den Befragten überfordern, da, wie bereits ausgeführt wurde, dem Befragten die intensiven wirtschaftlichen und rechtlichen Veränderungen im Unternehmensbereich kaum gewahr sein dürften. Eine solche Antwort zu erwarten hieße demnach, den Befragten ins Blaue hinein Vermutungen anstellen zu lassen, die dieser eventuell ohne genaueres Wissen mit „Ja“ beantwortet. Diese sog. Ja-Sage-Tendenz ist dringend zu berücksichtigen, schließlich ist innerhalb der Umfrageforschung⁶¹⁷ bekannt, dass Testpersonen zuweilen dazu neigen, Fragen, v. a. wenn die Antwort nicht bekannt ist, losgelöst von deren Inhalt mit „Ja“ zu beantworten. Außerdem kann durch die nachträgliche, objektive Auswertung des Verkehrsgutachtens ohnehin berücksichtigt werden, ob eine wirtschaftliche, rechtliche oder tatsächliche Verbundenheit vorliegt.

Für den Fall, dass der Befragte zu Frage 3. Angaben macht und zuvor bei Frage 2. Antwortalternative 2.b) wählte, ist eine Frage, ähnlich wie bei der gerade erwähnten Frage bei widersprüchlichen Angaben, stets dahingehend vertretbar, ob die vom Befragten gegebene Auflistung abschließend ist oder er noch von weiteren Unternehmen ausgeht, die er aber nicht namentlich benennen kann.⁶¹⁸ Geht der Befragte von einer abschließenden Aufzählung aus, ist zu prüfen, ob diese Unternehmen wirtschaftlich oder tatsächlich miteinander in Verbindung stehen. In diesem Fall ist dem Zeichen die Herkunftshinweisfunktion nicht abzusprechen. Erfolgt keine abschließende Aufzählung, ist auch die Herkunftshinweisfunktion zu verneinen, die Antwort kommt dem Anmelder also nicht zugute. Auch nach der hier vertretenen Ansicht, die keine konkrete Herstellerzuordnung verlangt, wäre dies für den Anmelder schädlich, da aufgrund der Antwort 2.b) ebenso von einer unzureichenden Herkunftsfunktion auszugehen ist wie für den Fall, dass gar kein Unternehmen bezeichnet wurde.

Umstritten ist die Anwendung von Aufklärungsfragen zur Erläuterung des trotz aller sprachlichen Vereinfachung in seiner juristischen Tragweite seitens der Befragten nicht korrekt erfassten Fragenkatalogs und dessen Antwortalternativen. So zeigt sich, dass sich unter denjenigen, welche die Verkehrsgeltungsfrage zunächst mit „gar kein Unternehmenshinweis“ oder „kann nichts dazu sagen“ beantworten, gleichwohl Perso-

⁶¹⁷ Vgl. Friedrichs, S. 176; Holm S. 88 ff.

⁶¹⁸ Dahingehend wohl auch Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 51 hinsichtlich der Erforderlichkeit einer solchen Frage.

nen befinden, die mit dem vorgelegten Zeichen ausschließlich ein ganz bestimmtes Unternehmen verbinden. Die entsprechenden Aufklärungsfragen ergeben dabei Zuwächse von bis zu 3 %.⁶¹⁹ Derartige Antwortirritationen sind jedoch hinzunehmen. Denn eine entsprechende Aufklärungsfrage würde die Gefahr begründen, dass durch die Nachfrage bei den befragten Personen eine Art Drucksituation entsteht, wodurch diese zu einer nicht den Tatsachen entsprechenden Antwort verleitet werden. Dies würde also womöglich zu einer weitaus höher Fehlerquote führen.

Den Aufklärungsfragen kommt eine besondere Bedeutung bei der Marken Anmeldung ehemaliger Monopolisten zu.⁶²⁰ Da der BGH ausdrücklich eine besonders genaue Prüfung der Angelegenheit forderte, ob die fragliche Bezeichnung als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der angebotenen Leistung betrachtet wird und nicht lediglich als Monopolzeichen ohne eigene betriebliche Herkunftsfunktion, bestand auch das BPatG auf entsprechenden Aufklärungsfragen in einem Gutachten. Erst eine Auswertung entsprechender Zusatzfragen ermöglicht es, eine Zuordnung zu der Funktion und Benutzung der Bezeichnung „als Marke“ im Sinne der BGH- und EuGH-Rechtsprechung überhaupt zu prüfen. Die Befragten, die das Zeichen zutreffend seinem Inhaber zurechnen, seien demnach etwa zusätzlich zu fragen: *„Können Sie sich vorstellen, dass „Lotto“ auch von anderen Veranstaltern angeboten wird? Oder müsste es dann anders heißen?“*⁶²¹ Diese Frage sei zumindest in all jenen Fällen zu stellen, in denen der Anmelder eine Monopolstellung inne hat und/oder in denen die Eintragung für eine „dominante“ Produktmerkmalsbezeichnung beantragt wird. Erst die Würdigung des Ergebnisses dieser Fragen ergebe, ob das Zeichen markenmäßige Benutzung nachweisen kann.⁶²² Die vom BPatG geforderte Aufklärungsfrage ist jedoch wegen ihrer fehlenden Repräsentativität abzulehnen. Es existieren nämlich Fragestellungen, die durch repräsentative Umfrageforschung grundsätzlich nicht gültig beantwortet werden können, sondern nur durch die psychologische Motivforschung. Hierzu zählt auch die Konstellation, bei der eine Marke aufgrund eines staatlichen oder aus rechtlichen Gründen bestehenden Monopols eine Verkehrsbekanntheit erlangte und diese Bekanntheit nutzt, um ein Zeichen als Marke eintragen zu lassen. Dann ist repräsentativ nicht ermittelbar, ob und in wel-

⁶¹⁹ Vgl. Pflüger GRUR 2004, 652, 656

⁶²⁰ Vgl. Allgemein zur Frage der Verkehrsdurchsetzung bei früheren Monopolunternehmen Kap. C.III.2.b).

⁶²¹ Ähnlich BPatG MarkenR 2013, 234 – TOTO: *„Können Sie sich vorstellen, dass es (...) noch andere Konkurrenzunternehmen gibt, die die Bezeichnung „TOTO“ verwenden, oder erwarten Sie von Konkurrenzunternehmen eine andere Bezeichnung?“*.

⁶²² Vgl. BPatG GRUR 2004, 685, 691 – Lotto.

chem Umfang die Marke gegenwärtig nur deshalb als Unternehmenskennzeichnung angesehen wird, weil sie aufgrund einer früheren Monopolstellung des Zeicheninhabers mit dem Markenanmelder in Verbindung gebracht wird oder zugleich ein davon unabhängiger markenmäßiger Herkunftshinweis besteht.

In der Praxis wird zwar der Fragebogen grundsätzlich vom DPMA oder dem Gericht erstellt bzw. gebilligt, jedoch beziehen beide Institutionen hierbei auch die Vorlieben und Erfahrungen der demoskopischen Institute mit ein. Die Anwendung von Aufklärungsfragen ist jedoch institutsabhängig. So verzichtet das Demoskopische Institut Allensbach größtenteils⁶²³ auf Aufklärungsfragen, da der demoskopische Wert dieser Aufklärungsfragen angezweifelt wird.

Eine zusätzliche Aufklärungsfrage ist mit Mehrkosten von 1.000,00 € bis 3.000,00 € zu beziffern, sodass es im Belieben des oftmals privaten Auftraggebers liegt, ob er diese Zusatzkosten bei nur eingeschränktem Nutzen in Kauf nimmt.⁶²⁴

gg) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich zum Fragebogen Folgendes festhalten:

- Die Einleitungsfragen dienen dazu, die beteiligten Verkehrskreise zu identifizieren, wobei stets zu berücksichtigen ist, dass Frage B hierzu nur ungenügende Ergebnisse liefert. Eine zusätzliche Frage wäre eventuell hilfreich, den reinen Verwender vom Anschaffungsinteressierten zu unterscheiden.
- Das dreistufige Kernfragenmodell ist richtig und erzielt genaue Ergebnisse bezüglich der Verkehrsdurchsetzung. Das Hauptaugenmerk sollte jedoch auf der Herstellerzuordnung (Frage 2.) liegen, während die Herstelleridentifikation (Frage 3.) lediglich im Ausnahmefall als Korrektiv oder aber als Anlass zum Identitätenabgleich zwischen dem Anmelder und dem Zeichenbenutzer dienen sollte.
- Aufklärungsfragen sind je nach Einzelfall auf ihre Zulässigkeit zu überprüfen. Manchmal können und müssen sie als Konkretisierungsmittel herangezogen werden. Für den Fall, dass der Befragte zu Frage 3. Angaben macht und zuvor bei Frage 2. Antwortalternative 2.b) gewählt hat, sollte stets gefragt werden, ob diese Auflistung abschließend ist. Wird dies bejaht, ist zu prüfen, ob diese Unternehmen wirtschaftlich oder tatsächlich miteinander in Verbindung stehen. Falls nicht, ist nicht von einer dem Anmelder zuzu-

⁶²³ Lediglich dann, wenn das Zeichen von mehreren Filialen benutzt wird, kommt eventuell eine Aufklärungsfrage zur Anwendung.

⁶²⁴ Interview mit Frau Niedermann vom Institut für Demoskopie Allensbach vom 29.11.2010.

e) Spezifizierung auf neue Markenarten

Das von der Markenanmeldungsrichtlinie vorgeschlagene Fragekonzept ist nicht zwingend, wohl aber die Ermittlung der von ihr vorgegebenen Inhalte. Daher ist – bei Abweichungen von obigem Fragenkatalog mit entsprechender Begründung – den jeweiligen Erfordernissen des konkreten Einzelfalles zu entsprechen, wozu auch weitere sachdienliche Aufklärungsfragen erforderlich sein können.⁶²⁵

In Anbetracht der neuen Markenformen und zahlreichen Markenarten wie etwa abstrakten Farbmarken, dreidimensionalen Marken, Geruchsmarken, Klangmarken und zusammengesetzten Marken stellt sich die Frage, ob zur Untersuchung deren Verkehrsdurchsetzung jeweils unterschiedliche Untersuchungsansätze notwendig sind oder der bisherige Fragebogen nach gegebenenfalls vorzunehmenden Modifikationen beibehalten werden kann.

Niedermann hält den vom DPMA vorgeschlagenen Fragebogen für unbrauchbar und lässt die vom Demoskopischen Institut Allensbach durchgeführten Umfragen mit anderen Fragen durchführen. An der in drei Schritten erfolgenden Prüfung wird jedoch festgehalten.⁶²⁶ Niedermann deklariert den Fragebogen allein aufgrund der für einen Laien schwer verständlichen Fragen als unbrauchbar.

Einen Standardfragebogen, der die verschiedenen Anforderungen hinsichtlich Fallgestaltung und Markentyp abdecken soll, existiert nach ihren Angaben jedoch nicht. Die Erstellung eines nach Markentyp zweckmäßigen, brauchbaren und einheitlichen Fragebogens erforderte die Sondierung und Auswertung von 10.000 bis 20.000 Fragebögen.⁶²⁷ Leider ist es aufgrund mangelnder Verfügbarkeit nicht möglich, sich von dieser Anzahl an Fragebögen annähernd Kenntnis zu verschaffen. Die demoskopischen Institute gewähren keine Einsicht in die verwendeten Fragebögen, da die Unterlagen für die gesamte Umfrage dem Auftraggeber gehören und deshalb vertraulich zu behandeln sind. Doch auch im Rahmen der Gerichtsentscheidungen werden die Fragebögen nicht bzw. nur in Teilen veröffentlicht, obwohl dies die Verbesserung der im Zusammenhang mit der Verkehrsdurchsetzung stehenden Rechtspraxis stark unterstützen würde. Die

⁶²⁵ Vgl. Markenanmeldungsrichtlinie IV.5.17 (**Anhang II**).

⁶²⁶ Interview mit Frau Niedermann vom Institut für Demoskopie Allensbach vom 29.11.2010.

⁶²⁷ Interview mit Frau Niedermann vom Institut für Demoskopie Allensbach vom 29.11.2010.

Gerichte wären daher aufgefordert, die Fragebögen nach dem in dem Gutachten verwendeten Wortlaut wiederzugeben, damit Demoskopen, Prüfer und Richter die Fragestellung eines Verkehrsdurchsetzungsgutachtens verbessern könnten.

Daher ist der Fragebogen in der Markenanmeldungsrichtlinie auch weiterhin als Grundgerüst anzusehen und je nach Anforderungen im Einzelfall zu ändern. Gewiss sind die Fragen bei neuen Markenformen zu modifizieren, die Kernfragen bleiben jedoch vom Grundsatz her identisch.⁶²⁸

Bei einer dreidimensionalen Marke ist in Bezug auf die Verkehrsdurchsetzung mehr als sonst zu berücksichtigen, dass die Bekanntheit eines Produkts in der Form der Marke nicht zwangsläufig bedeutet, die Form werde in gleichem Umfang vom beteiligten Verkehrskreis auch als Herkunftshinweis aufgefasst.⁶²⁹ Die Benutzung und Bekanntheit der zweidimensionalen Form kann der dreidimensionalen Marke nur zugerechnet werden, wenn beide Formen aus Sicht der beteiligten Verkehrskreise dieselbe Marke verkörpern.⁶³⁰ Der Warenumsatz kann lediglich etwas über die weite Verbreitung der Ware auf dem Markt aussagen, nicht dagegen über eine eventuelle markenmäßige Benutzung der dreidimensionalen Marke.⁶³¹ Die Verkehrsdurchsetzung einer für sich nicht unterscheidungskräftigen Form setzt vielmehr auch die Benutzung der Form als Marke voraus, was eher zweifelhaft erscheint, wenn technische, funktionale oder praktische Gründe die Form bedingen oder bei der Formgebung maßgeblich waren. Deswegen spielt die Antwortalternative B.2.c) „*gar kein Hinweis auf irgendein Unternehmen*“ des vorgefertigten Fragebogens des DPMA⁶³² eine besondere Rolle bei der Unterscheidung zwischen der Bekanntheit eines Produkts und der Herkunftsfunktion seiner Form.⁶³³ Zunächst ist darauf zu achten, dass nicht die Kenntnis der Ware an sich abgefragt wird, sondern die Warenform. Demzufolge ist etwa Frage 1. folgendermaßen zu formulieren: „*Sie sehen auf dieser Abbildung ... (Bezeichnung der Ware). Haben Sie ... (Bezeich-*

⁶²⁸ Vgl. Pflüger GRUR 2014, 423, 424; Pflüger GRUR-Prax 2011, 51.

⁶²⁹ Vgl. BGH GRUR 2010, 138, 141, Nr. 33 – ROCHER-Kugel; BGH GRUR 2007, 780, 784, Nr. 36 – Pralinenform.

⁶³⁰ Vgl. Ströbele/Hacker § 8, Rn. 476.

⁶³¹ Diese Problematik spielt im Rahmen der Monopolmarken eine besonders herausragende Rolle.

⁶³² Vgl. hierzu Kap. E.I.7.d)aa) und **Anhang II**.

⁶³³ Vgl. BGH GRUR 2008, 510, 512 – Milchschnitte, wonach aber aus dem Umstand, dass mehr als 50% der Befragten das dargestellte Produkt nur einem bestimmten Unternehmen zuordneten, folge, dass die Produktform dem überwiegenden Teil des Publikums nicht nur bekannt ist, sondern von diesen Verkehrskreisen auch als Herkunftshinweis aufgefasst wird. Dies gelte trotz des Umstands, dass die der Formmarke entsprechende Ware nur verpackt vertrieben wird; BGH GRUR 2007, 780, 784, Nr. 37 – Pralinenform; BPatG GRUR 2008, 420, 427 – ROCHER-Kugel; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 479.

nung der Ware) dieses Aussehens/dieser Form/dieser Gestaltung so schon einmal gesehen?“⁶³⁴ Bei Farbmarken kann ebenfalls eine Befragung wie folgt vorgenommen werden: „Sie sehen hier einen Ausschnitt aus einer Farbskala. Haben Sie diese Farbe (bei abstrakten Farbmarken: unabhängig von Form und Größe) in Zusammenhang mit ... (Bezeichnung der Ware) schon einmal gesehen?“⁶³⁵

Das Problem wird besonders bei dreidimensionalen Marken akut, die Produkte darstellen. Der Befragte wird in diesem Fall zur Annahme verleitet wird, das vorgelegte Produkt müsse von einem oder mehreren Unternehmen stammen, da es bereits jemand hergestellt hat.⁶³⁶ Bei der Frageformulierung ist somit ganz besonders auf die Vermeidung einer suggestiven Beeinflussung zu achten. Bei Frage 2. ist im Falle dreidimensionaler Marken folgende Formulierung denkbar: „Sind Sie der Ansicht, dass (Bezeichnung der Ware) dieses Aussehens/dieser Form/dieser Gestaltung, wie Sie sie auf der Abbildung erkennen können, von nur einem Unternehmen hergestellt werden, oder von mehreren Unternehmen, oder kann man von ... (Bezeichnung der Ware) dieses Aussehens/dieser Form/dieser Gestaltung, wie Sie sie auf der Abbildung erkennen können, gar nicht darauf schließen, ob es von einem oder mehreren Unternehmen stammt, oder können Sie dazu nichts sagen?“^{637, 638} Zwar ist zuzugeben, dass auch eine solche Fragestellung die Gefahr nicht vollständig auszuräumen vermag, dass der Befragte das vorgelegte Zeichen nur deshalb mit einem/mehreren Unternehmen verbindet, weil er davon ausgeht, dass ein konkretes existierendes Produkt von einem Unternehmer stammen müsse. Allerdings würde ein expliziter Hinweis in der Gestalt: „Bedenken Sie, dass das Produkt auch allein zu dieser Befragung hergestellt worden sein könnte und daher nicht zwingend von einem/mehreren Unternehmen stammen muss.“ den Grad zulässiger Informationsgabe übersteigen. Auf der anderen Seite kann aber auch nicht zu verlangen sein, dass bereits auf dieser Ebene der Befragte danach befragt wird, ob er davon ausgehe, das Produkt stamme von einem ganz bestimmten Unternehmen. Denn dies würde die Systematik des Fragenkatalogs ad absurdum führen und die Grenzen zwischen

⁶³⁴ Vgl. BGH GRUR 2007, 780, 784, Rn. 37 – Pralinenform; Niedermann GRUR 2006, 367, 371; Utz S. 121

⁶³⁵ Vgl. Utz S. 121.

⁶³⁶ Vgl. BPatG GRUR 2008, 420, 425 – ROCHER-Kugel; Utz S. 127

⁶³⁷ Vgl. auch Utz S. 128.

⁶³⁸ Dobel S. 147 hält es für ausreichend, dass nicht nach „diesem“ Gegenstand gefragt wird, sondern nach „Waren, die so aussehen wie diese“. Zusätzliche Fragen, die konkret ermitteln sollen, ob eine betriebliche Zuordnung tatsächlich aufgrund der Marke erfolgt, bedürfe es nicht.

Kennzeichnungsgrad und Zuordnungsgrad aufheben. Letztlich ist die Problematik nicht gänzlich zu lösen und auf die Mündigkeit des Befragten zu vertrauen.⁶³⁹

Bei einer verpackten, als dreidimensionalen Marke angemeldeten Warenform kann die Ware herkunftshinweisend benutzt werden, wenn sie als solche im Stadium des Verbrauchs der Ware wahrgenommen wird.⁶⁴⁰

f) Markenwiedergabe und Neutralisierung der Zeichenvorlage bei der Befragung

Zwischen dem Gegenstand der Befragung und dem Gegenstand der Marken Anmeldung muss zwingend Deckungsgleichheit bestehen.⁶⁴¹

Bei der Vorlage des Zeichens im Rahmen der Befragung ist besonders bei neueren Markenformen wie dreidimensionalen Marken und (abstrakten) Farbmarken⁶⁴² einiges zu beachten.

Bei der Wiedergabe einer dreidimensionalen Marke in zweidimensionaler grafischer Darstellung ist zu berücksichtigen, dass diese beiden Markenformen nicht ohne Weiteres gleichzusetzen sind. Die Benutzung und Bekanntheit der zweidimensionalen Form kann der Marke nur zugerechnet werden, sofern beide Formen aus Sicht der beteiligten Verkehrskreise dieselbe Marke verkörpern.⁶⁴³ Wird die Form in Verbindung mit Wort- oder Bildelementen kombiniert benutzt, darf sich der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung für die bloße Formmarke auch nur auf die Form als solche beziehen, die für sich einen eigenständigen betrieblichen Herkunftshinweis darstellen muss. Bei einer Verkehrsbefragung ist demzufolge auf eine ausreichende Neutralisierung der angemeldeten Form zu achten. Die bei der Befragung vorgelegte Abbildung⁶⁴⁴ (oder das Ori-

⁶³⁹

⁶⁴⁰ Vgl. BGH GRUR 2010, 1103, 1105, Nr. 29 – Pralinenform II; BGH GRUR 2010, 138, 141, Nr. 35 – ROCHER-Kugel; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 482.

⁶⁴¹ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 417. Bei reinen Wortzeichen würde die verbale Angabe im Fragenkatalog genügen. Um Missverständnisse zu vermeiden, wird dennoch eine Karte vorgelegt, auf dem die Wortmarke in neutraler Weise dargestellt wird; vgl. *Dobel* S. 146.

⁶⁴² Bei abstrakten Farbmarken ist zumeist von einer fehlenden Unterscheidungskraft i.S.d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG auszugehen. Die Eintragung ist also meistens von einem Verkehrsdurchsetzungsverfahren abhängig, weshalb die Verkehrsdurchsetzung mit dem vermehrten Aufkommen von dahingehenden Markenmeldungen von erheblicher Relevanz ist. Instruktiv zum Schutzgegenstand der Farbmarke und Begriffserläuterung *Grabrucker GRUR* 1999, 850.

⁶⁴³ Vgl. EuGH GRUR Int. 2006, 842, 845, Nr. 60 – Form eines Bonbons II.

⁶⁴⁴ Bei dreidimensionalen Untersuchungsgegenständen wird schon aus Kostengründen auf Farbfotografien zurückgegriffen; vgl. *Dobel* S. 146.

nal) darf keine ablesbaren oder anderweitigen sonstigen Hinweise auf den Hersteller⁶⁴⁵ enthalten. Art und Umfang der notwendigen Neutralisierung bedürfen einer ausführlichen Sachkunde und sollten in Absprache mit einem Sachverständigen festgelegt werden, um nur so viel wie für den Zweck erforderlich zu entfremden. Andernfalls erschwert dies womöglich ungerechtfertigt die Wiedererkennung zulasten des Zeicheninhabers. Fällt die Neutralisierung allerdings zu gering aus, so ergibt sich ein in die andere Richtung verfälschtes Ergebnis, da der Befragte durch andere Umstände als nur durch das angemeldete Gestaltungsmerkmal oder die angemeldete Form auf den Hersteller hingewiesen wird.⁶⁴⁶ Allgemein erschwert eine Neutralisierung folglich die Ermittlung der Herkunftsfunktion von Gestaltungsmerkmalen oder Formen, weil sie eine starke Verfremdung des Gesamterscheinungsbildes zur Folge haben kann.⁶⁴⁷

Häufig ist die Verfremdung des Firmen- oder Markennamens des Herstellers ausschlaggebend. Ob dieser durch xxx-Buchstaben, schwarze Balken, gepunktete Linien oder einfaches Weglassen neutralisiert wird, ist im Einzelfall zu entscheiden. Der Gebrauch von durchgehenden schwarzen Balken etwa könnte unzweckmäßig wirken, da dies den Gesamteindruck erheblich beeinträchtigt. Besser geeignet scheinen daher einzelne Buchstaben oder Balken in der Größe des Originals. Eine sinnlose Folge von Buchstaben zu verwenden, hat sich nicht bewährt, da es die Befragten dazu verleitet, Leseversuche zu unternehmen, statt die neutralisierte Schrift als Ganzes auf sich wirken zu lassen.⁶⁴⁸ Lediglich bei kleinen Herstellerbezeichnungen ist es gestattet, die Verfremdung durch Weglassen, Überkleben oder Übermalen herbeizuführen. Dabei darf eine Neutralisierung jedoch nie so weit gehen, dass hierdurch das Objekt in seinem Gesamteindruck zu sehr verfremdet wird. Oftmals ist die richtige Maßnahme nur durch Testen der jeweiligen Wirkung der unterschiedlichen Variationen über Pretest-Verfahren (explorative Vortests) ermittelbar.

Um Rückfragen zu vermeiden und die Befragten dabei zu unterstützen, gedanklich eine Vorstellung von dem zu entwickeln, was ihnen verfremdet vorgelegt wird, sind sie darauf hinzuweisen, dass die Unkenntlichmachung bzw. Verfremdung absichtlich er-

⁶⁴⁵ Etwa der Marken- oder Firmenname oder das Markenlogo.

⁶⁴⁶ Sicher lässt sich dies allerdings nicht prognostizieren. Schon Noelle-Neumann/Schramm S. 66 ff. haben festgestellt, dass bei einer vollkommen neutralisierten Ausstattung die Kenntnis und die Zuordnung zum Hersteller höher liegen kann als bei einer weniger neutralisierten Ausstattung, da das zusätzliche Merkmal nicht ins Gedächtnis einging oder ablenkte. Vgl. auch Noelle-Neumann/Schramm GRUR 1970, 51, 61.

⁶⁴⁷ Vgl. BGH GRUR 1968, 581, 584 – Blunazit.

⁶⁴⁸ Vgl. Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 123.

folgt ist. Kommt es z. B. auf die Verkehrsdurchsetzung einer Flaschenform an und wurde zu Testzwecken das Etikett von der Flasche entfernt, so könnte der Hinweis lauten: „Normalerweise ist hier ein Etikett zu sehen. Das ist aber absichtlich weggelassen, da es für die Untersuchung keine Rolle spielt.“ Gegen einen solchen Zusatz spricht, dass die befragte Person hierdurch vom entscheidenden Zeichenbestandteil abgelenkt werden könnte. Zudem müsste der beteiligte Verkehrskreis die Einordnung ohne den Zusatz selbst vornehmen, da anderenfalls eine suggestive Beeinflussung vorläge und dem Anmelder für den losgelösten, singulär zu untersuchenden Bestandteil sonst eben kein Schutz gewährt werden könnte.

Selbstverständlich muss der Hinweis neutral formuliert sein und darf keinesfalls steuernd wirken wie etwa durch den Hinweis, es ginge bei dem Objekt allein um die Form. Sofern der Zusatz jedoch neutral formuliert ist, muss er auch zulässig sein, da dem Befragten nicht vorenthalten werden darf, dass das Objekt real anders aussieht als im Test, es für die Befragung jedoch nicht von Interesse ist. Zwar darf die zur Neutralisierung vorgenommene Verfremdung durch etwaiges Ändern der Gestaltungsmerkmale nicht entscheidend sein, allerdings ist soziologisch nachgewiesen, dass die befragten Personen zunächst den Gesamteindruck wahrnehmen.⁶⁴⁹ Erfolgte kein Hinweis auf die Verfremdung, würde dies den Zeichenanmelder ungerechtfertigt benachteiligen.

Im Hinblick auf Farbmarken ist bei einer Kombination mit weiteren Gestaltungen oder Angaben, z. B. dem Firmenlogo oder -namen, darauf zu achten, dass der beteiligte Verkehrskreis diese Zuordnung ausschließlich aufgrund der Farbe vornimmt.⁶⁵⁰ Indiz hierfür kann sein, dass die konkrete Farbe in zahlreichen verschiedenen Erscheinungsformen vom Anmelder verwendet wird, da der Verkehr die Farbe dann als einzige Konstante für den Herkunftshinweis auffasst.⁶⁵¹ Farbmarken werden bei der Anmeldung regelmäßig durch RAL-, HKS- oder PAN-TONE-Angaben⁶⁵² konkretisiert.⁶⁵³ Bei der abstrakten und konturlosen Zusammenstellung von zwei oder mehr Farben, der sog. abstrakten Mehrfarbenmarke, ist die Angabe zur konkreten Verteilung und Zuordnung

⁶⁴⁹ Vgl. bereits Noelle-Neumann/Schramm GRUR 1976, 51, 61.

⁶⁵⁰ Vgl. BPatG vom 13.08.2008, Az.: 29 W (pat) 61/07– Farbmarke Sonnengelb; BPatG GRUR 2009, 164 – Farbmarke Gelb-Rot.

⁶⁵¹ Vgl. BPatG GRUR 2008, 428, 430 – Farbmarke Rot; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 479.

⁶⁵² Die verschiedenen Farbskalen können zu Problemen bei der Umrechnung der Farbwerte führen, vgl. *Theißen* GRUR 2004, 729, 731 f.

⁶⁵³ Vgl. zur graphischen Darstellung Farbmarken auch *Fezer* WRP 2007, 223; *Theißen* GRUR 2004, 729; *Grabrucker* WRP 2000, 1331, 1335.

der Farben dringend erforderlich, um dem Schutz als Registermarke überhaupt zugänglich zu sein.⁶⁵⁴

Die mittelbare Wiedergabe der Skalenwerte reicht bei der Durchführung des demoskopischen Gutachtens nicht aus. Vielmehr illustriert eine größerflächige Schaukarte das konkrete Farbmuster, was jedoch noch nichts über die genaue Ausgestaltung aussagt. Ausgehend vom Schutzgegenstand „farbbestimmt, aber konturunbestimmt“ hat sich in der Praxis die Darstellung von Quadraten eingebürgert.

Es kommt bei der Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung darauf an, dass das beim demoskopischen Gutachten den Befragten vorzulegende Farbmuster mit dem bei der Anmeldung angegebenen Farbmuster identisch ist. Hat der Anmelder die zur Anmeldung gefertigte Vorlage des Farbmusters selbst hergestellt, empfiehlt es sich, dass er ebenso das zur Befragung vorzulegende Exemplar selbst fertigt, um die annähernd exakte Wiedergabe des Farbwertes sicherzustellen. Schließlich kann der Farbwert drucktechnisch variieren. Weicht die im Verkehr benutzte Farbe allerdings von der beim DPMA hinterlegten Farbe ab, ist aus rechtlichen Gründen auf das bei der Anmeldung hinterlegte, konkrete Farbmuster abzustellen.⁶⁵⁵ Dieses Muster ist auch dann maßgeblich, wenn der Unterschied allein auf die technischen Unzulänglichkeiten im Bereich des DPMA zurückzuführen ist. Dies hat jedoch wiederum zur Folge, dass das beim DPMA hinterlegte und damit maßgebliche Zeichen nicht benutzt wurde. Dem Zeichen ist auf Grund der fehlenden Benutzung der Schutz aus § 8 Abs. 3 MarkenG zu versagen.⁶⁵⁶ Da allein schon wegen der wandelnden Lichtverhältnisse nie eine komplett identische Farbwiedergabe erreichbar sein wird, ist die benutzte Farbe unter branchenüblichen äußeren Bedingungen durch einen Durchschnittsverbraucher mit durchschnittlicher Sehfähigkeit und Aufmerksamkeit mit dem eingetragenen bzw. angemeldeten Zeichen zu vergleichen. Abweichungen sind zu tolerieren, sofern sie für das menschliche Auge nur mit einer überaus sorgfältigen visuellen Prüfung wahrnehmbar wären.⁶⁵⁷

Außerdem sollte die untersuchungsgegenständliche Farbkarte mit ausreichendem Rand auf einen neutralen weißen oder grauen Karton aufgeklebt sein. Wird das Farbmuster auf den vorzulegenden Karton lediglich aufgedruckt, ist zu befürchten, dass die Befragten die Vorlage als einheitliches Ganzes wahrnehmen und der Eindruck einer

⁶⁵⁴ Vgl. BGH GRUR 2007, 55 – Farbmärke gelb/grün II.

⁶⁵⁵ Vgl. BGH GRUR 2005, 1044 – Dentale Abformmasse; Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 124.

⁶⁵⁶ Vgl. hierzu Kap. C.III.2.

⁶⁵⁷ Vgl. Ströbele/Hacker § 26, Rn. 158.

Zwei-Farben-Marke entsteht. Eine ausreichend dimensionierte, neutral gehaltene Umrahmung ist erforderlich, weil die Marke im Zusammenspiel mit einer anderen Untergrundfarbe⁶⁵⁸ einen unterschiedlichen Farbeindruck hinterlässt und das Zuordnungsergebnis negativ beeinflusst. Selbstverständlich hat der Interviewer auch darauf zu achten, dass die Lichtverhältnisse für eine aussagekräftige Befragung geeignet sind, da eine zu starke Sonneneinstrahlung oder dunkle Räume den Farbeindruck verfälschen könnten.

g) Pretest

Der Pretest⁶⁵⁹ dient in der Demoskopie nicht nur der Kontrolle und Verbesserung des Fragebogens, sondern er ermöglicht darüber hinaus Aussagen bezüglich der gesamten Untersuchungsanlage, z. B. hinsichtlich der Befragungsdauer. Beim üblicherweise durchgeführten Pretest wird eine kleine Stichprobe von etwa 100 Personen von speziell ausgebildeten Interviewern oder einem Querschnitt der auch bei der Hauptuntersuchung eingesetzten Interviewer befragt und die entsprechenden Erfahrungsberichte dem Forschungsleiter vorgelegt.⁶⁶⁰ Durch diese Voruntersuchung ermitteln die Meinungsforscher, ob die Befragten oder auch Interviewer Probleme mit den ihnen gestellten Aufgaben haben, insbesondere ob die Fragen verständlich formuliert wurden, eine suggestive Beeinflussung wahrnehmbar ist oder die Intervieweranweisungen gut handhabbar sind. Zeichnen sich Probleme ab, sind die Fragebögen zu überarbeiten und gegebenenfalls ein neuer Pretest durchzuführen.⁶⁶¹ Wichtige weitere Erkenntnisse, wie z. B. das Fehlen wichtiger Antwortvorgaben oder eine Beeinflussung der Antwort durch die Fragenreihenfolge, besitzen im Bereich des Verkehrsdurchsetzungsverfahrens, das auf weitgehend standardisierte Fragebögen zurückgreift, keine große Relevanz. Die demoskopischen Institute zeigen sich hinsichtlich der Erforderlichkeit von Pretests gespalten. Manche erachten sie in einem derartigen Zusammenhang als unverzichtbar⁶⁶², während die GfK keine Pretests im Falle einer Verkehrsdurchsetzungsuntersuchung durchführt.

⁶⁵⁸ Je nach Unterlage beim Interview, wenn die Karte etwa auf eine Tischdecke oder einen farbigen Tisch abgelegt wird.

⁶⁵⁹ Vgl. hierzu auch Müller S. 157 ff.; Friedrich S. 153 ff.; Scholl S. 203 ff.; Holm S. 126; Dobel S. 117.

⁶⁶⁰ Vgl. Scholl S. 204.

⁶⁶¹ Werden bei einem Pretest auffallend viele „weiß nicht“-Antworten gegeben, so ist dies ein Hinweis auf eine unverständliche Fragestellung.

⁶⁶² Vgl. Noelle-Neumann/Petersen S. 79.

h) Gegabelte Befragung

Tritt das Zeichen in leicht unterschiedlichen Varianten markenmäßig im Wettbewerb auf, etwa bei einer abstrakten Grundform oder Farbkombination, oder ist die Fragestellung besonders komplex, so kann eine gegabelte Befragung, ein sog. „Split ballot“, zweckdienlich sein.⁶⁶³ Hierbei handelt es sich um ein v. a. bei wahrnehmungspsychologisch komplexen Untersuchungen zuverlässiges Erkenntnisinstrument, das mehrere Varianten des Zeichens oder eines Fragebogens parallel testet, wobei jedem Befragten jeweils nur eine einzige konkrete Ausführung vorliegt.⁶⁶⁴ Die Ergebnisse werden daraufhin zusammen ausgewertet. Mithilfe gegabelter Befragungen und einer damit verbundenen Einarbeitung einer Kontrollgruppe können aus den Fragestellungen resultierende, unerwünschte Effekte, die den Beweiswert negativ beeinflussen, besser herausgefiltert und verhindert werden. Infolgedessen liefert die Gegenüberstellung der Umfrageergebnisse wichtige Erkenntnisse. Nachteilig ist an der gegabelten Befragung, dass sich bei gleichbleibender Stichprobe die Abweichungsbereiche der Fehlertoleranzen vervielfachen.⁶⁶⁵

Zu beachten ist jedoch, dass das Zeichen im Rahmen einer Befragung nur in der Gestalt vorgelegt werden darf, in welcher es auch angemeldet wurde. Insofern ist unerheblich, ob das Zeichen in leicht unterschiedlichen Varianten markenmäßig im Wettbewerb auftritt. Ausschlaggebend ist das dem DPMA vorgelegte und zur Eintragung angemeldete Zeichen, denn allein auf diesem beruhen die Prüfung der Markenstelle und die gegebenenfalls nachzuweisende Verkehrsdurchsetzung. Gegabelte Befragungen sind auch dann in Betracht zu ziehen, wenn besonders komplexe Fragestellungen vorliegen. Allerdings wäre die für das Umfrageergebnis beste Variante der Befragung durch Pretests zu eruieren, die dem Verkehrsdurchsetzungsgutachten ausschließlich zugrunde zu legen ist.

Echter Bedarf an einer gegabelten Befragung ergibt sich, wenn das Zeichen für viele und unterschiedliche Waren oder Dienstleistungen als Marke eingetragen werden soll und der Anmelder Gefahr läuft, die Anmeldung werde wegen des Fehlens des Verkehrsdurchsetzungsnachweises bei einzelnen Waren zurückgewiesen. Dies macht eventuell eine gegabelte Befragung mit parallelen, von der statistischen Zusammensetzung

⁶⁶³ Vgl. Utz S. 39 f.; Niedermann/Schneider sic! 2002, 815, 822; Dobel S. 115 ff.

⁶⁶⁴ Vgl. Noelle-Neumann/Petersen S. 192 ff., 469 ff.

⁶⁶⁵ Vgl. Levin S. 65 m.w.N.

her einwandfrei vergleichbaren Untergruppen der Gesamtstichprobe erforderlich. So wären beispielsweise die wichtigsten Waren bzw. Dienstleistungen in gegabelter Befragung parallel in Untergruppen der Stichprobe zu testen, sodass jeder Befragte nur eine einzige Testfrage beantwortet, die sich auf eine einzige Warenart bezieht.

8. Der Begriff der beteiligten Verkehrskreise

a) Allgemeines

Nach § 8 Abs. 3 MarkenG muss sich die zur Anmeldung vorgelegte, nicht eintragungsfähige Marke „in den beteiligten Verkehrskreisen“ durchgesetzt haben. Die „beteiligten Verkehrskreise“ repräsentieren einen Zentralbegriff in der Frage der Verkehrsdurchsetzung; von der Definition dieses Merkmals kann entscheidend abhängen, ob im Einzelfall ein angemeldetes Zeichen die Eintragungshindernisse überwindet und ein Schutz erreichbar ist oder versagt werden muss.

Es ist Aufgabe des Gerichts oder des DPMA, im Falle einer demoskopischen Ermittlung dem Sachverständigen einen eindeutigen Bezugsrahmen vorzugeben.⁶⁶⁶ Die Abgrenzung der maßgeblichen Grundgesamtheit, d. h. der Gesamtheit aller beteiligten Verkehrskreise, zählt weder zu den Aufgaben noch zu den Kompetenzen des Demoskopen, da es sich um eine juristische Bewertung handelt.

Nach der Definition des BGH⁶⁶⁷ ist derjenige verkehrsbeteiligt, „für dessen wirtschaftliches Verhalten das Unterscheidungsmittel Bedeutung hat“, bei dem folglich die Marke Verwendung finden soll oder Auswirkungen zeitigen kann.⁶⁶⁸ Dies ist allerdings nicht schematisch zu bestimmen, sondern von den das Gutachten veranlassenden Stellen jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der Zweckbestimmung und der Absatzmöglichkeiten der einzelnen Ware oder Dienstleistung festzulegen.⁶⁶⁹ Die Abgrenzung der beteiligten Verkehrskreise richtet sich nach den angemeldeten Waren oder Dienstleistungen in deren üblicher Vertriebs- bzw. Erbringungsart sowie deren üblicher bestimmungsgemäßer Verwendung.⁶⁷⁰ Als beteiligte Verkehrskreise gelten schließlich

⁶⁶⁶ Vgl. Schweizer S. 74.

⁶⁶⁷ Vgl. BGH WRP 2006, 1130, 1131 – LOTTO; BGH GRUR 1986, 894, 895 – OCM; BPatG GRUR 2004, 685, 686 – LOTTO.

⁶⁶⁸ Vgl. Ströbele/Hacker § 8, Rn. 499.

⁶⁶⁹ Vgl. etwa BGH GRUR 1960, 130 – Sunpearl II; BGH GRUR 1971, 305 – Konservenzeichen II; BGH GRUR 1982, 672, 674 – Aufmachung von Qualitätsseifen; Böhm S. 78.

⁶⁷⁰ Ströbele/Hacker § 8, Rn. 505.

auch Käufer konkurrierender Waren oder Dienstleistungen, sofern die konkurrierenden Waren oder Dienstleistung dort angeboten werden und ohne Weiteres austauschbar sind, wobei es nicht auf die gleiche Qualitäts- und Preisklasse ankommen soll^{671, 672}. Nur wenn der Demoskop die nach rechtlicher Auffassung maßgeblichen Verkehrskreise befragt, kann das Ergebnis Gültigkeit beanspruchen.

Als mögliche maßgebliche Verkehrskreise kommen nicht nur die Abnehmer der Waren und Dienstleistungen in Betracht, sondern auch die Hersteller und Händler der betroffenen Waren bzw. Erbringer der jeweiligen Dienstleistungen.⁶⁷³ So stellte der EuGH⁶⁷⁴ in Bezug auf die Beurteilung absoluter Schutzhindernisse fest, „dass, wenn beim Vertrieb einer von einer eingetragenen Marke erfassten Ware an den Verbraucher oder Endabnehmer Zwischenhändler beteiligt sind, die maßgebenden Verkehrskreise für die Beurteilung der Frage, ob diese Marke im geschäftlichen Verkehr zur gebräuchlichen Bezeichnung der betreffenden Ware geworden ist, aus sämtlichen Verbrauchern oder Endabnehmern und je nach den Merkmalen des Marktes für die betreffende Ware aus sämtlichen am Vertrieb der Ware beteiligten Gewerbetreibenden bestehen“. Dagegen werden Mitbewerber und Konkurrenten nicht unter die beteiligten Verkehrskreise subsumiert, da diese zwar vom Schutzbereich des § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG umfasst sind, auf den Absatz der Ware oder Dienstleistung, für die das Zeichen eingetragen werden soll, durch den Erwerb jedoch keinen Einfluss ausüben. Abgesehen davon, dass die Aussagen der Konkurrenten des Zeicheninhabers von geringem Beweiswert sind, entspricht es auch dem Zweck eines auf Verkehrsdurchsetzung beruhenden Rechtsschutzes, die Verkehrsdurchsetzung nur dort für rechtserheblich zu erachten, wo sie für den Unternehmer von wirtschaftlichem Wert ist – bei den Abnehmern der Ware, den Händlern und Verbrauchern, nicht aber bei den Mitbewerbern.⁶⁷⁵

Grundsätzlich gilt bezüglich Massenwaren die gesamte erwachsene Bevölkerung als Verkehrskreis. Zu den Massenwaren hinzuzuzählen sind solche Waren, die nur von gesondert zugelassenen Berufsgruppen vertrieben werden dürfen, z.B. Ärzten oder Apo-

⁶⁷¹ Vgl. zur Problematik hinsichtlich Relevanz von Qualität und Preisklasse aber auch Eisenführ GRUR 1987, 82, 87 f. Die Preisklasse und die Qualität liegen in der Sphäre des Anmelders/Herstellers/Anbieters und sind sonach nur unter besonderen Umständen für die Beurteilung des beteiligten Verkehrskreises in Betracht zu ziehen.

⁶⁷² A.A. BGH GRUR 1982, 672, 674 - Aufmachung von Qualitätsseifen; Berlit WRP 2002, 177, 179.

⁶⁷³ Vgl. Ströbele GRUR 1987, 75, 78; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 500.

⁶⁷⁴ Vgl. EuGH GRUR Int. 2007, 718, 720 f., Nr. 56 – TRAVATAN II; EuGH GRUR 2004, 682, 683, Nr. 26 – Björnekulla Fruktindustrier (Bostongurka); dem folgend auch BPatG vom 07.04.2010, Az.: 28 W (pat) 36/09, Nr. 15 – BUFF; BPatG vom 01.07.2009, Az.: 28 W (pat) 121/08, Nr. 18 – Natura.

⁶⁷⁵ Vgl. Von der Osten S. 14.

thekern, und auf diese Weise die Wahl des Endverbrauchers beeinflusst bzw. teilweise vorweggenommen wird.⁶⁷⁶ Da es in der demoskopischen Erfassung der Verkehrsdurchsetzung auf die Kenntnisse und/oder auf die Erwartungen von präsumtiven Letztabnehmern ankommt, ist die Auswahl der Befragungspersonen breiter als etwa in der Wahlforschung anzulegen; denn auch Jugendliche, Heranwachsende und ausländische Staatsangehörige zählen zu den Abnehmern für Waren und Dienstleistungen.⁶⁷⁷ Die Altersuntergrenze liegt momentan bei 14 Jahren⁶⁷⁸, während eine einheitliche Altershöchstgrenze bei einer Befragung der Gesamtbevölkerung nicht angesetzt wird. Dennoch hat sich in der Praxis eine obere Altersgrenze der Befragungspersonen mit knapp unter 70 Jahren durchgesetzt.⁶⁷⁹ Aus dem Beweisthema können sich – den beteiligten Verkehrskreisen entsprechend – Besonderheiten ergeben, wie etwa bei einer Befragung, die mit dem Kauf oder Besitz eines Kfz in Verbindung steht. Bei Mehrthemenumfragen berücksichtigt dies eine Intervieweranweisung.

b) Händler und Verbraucher

Bei der Beurteilung der Frage, ob sich die angemeldete Ware oder Dienstleistung auf den Endverbraucher und/oder den Händler auswirkt und Verwendung findet, ist entscheidend, auf welcher Konzeption sie basiert und für wen sie ihrer naturgemäßen Bestimmung nach hergestellt, vertrieben oder angeboten wird. Primär ist daher zu ermitteln, ob die Angabe oder das Zeichen zumindest auch für den Verbraucher bestimmt ist bzw. diesen erreichen soll. Trifft dies nicht zu, fällt der Verbraucher insofern unter den Begriff des beteiligten Verkehrskreises nach § 8 Abs. 3 MarkenG, als die Angabe oder das Zeichen den Verbraucher als Endabnehmer mittelbar erreichen kann, indem ein Händler oder Zwischenhändler diese gegenüber dem Verbraucher verwendet oder an diesen weitergibt. Handelt es sich um eine derartige Vertriebskette, ist neben der Markenkenntnis der Handels- und Fachkreise auch diejenige der Endverbraucher maßgeblich. Erfolgt der Vertrieb der betreffenden Ware ausschließlich ohne Händler oder Zwischenhändler unmittelbar ab Werk oder im Versand, ist ausschließlich auf den Endverbraucher abzustellen. Andererseits sind allein die Fachkreise zu fokussieren, wenn die Kaufentscheidung nicht vom Verbraucher abhängt, sondern von Dritten, z. B. bei re-

⁶⁷⁶ Vgl. EuGH GRUR Int 2007, 718, 721, Nr. 57 f. – TRAVATAN II; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 503.

⁶⁷⁷ Vgl. Eichmann GRUR 1999, 939, 951.

⁶⁷⁸ Andersen GRUR 1981, 160 diskutiert noch eine Altersuntergrenze von 16 bzw. 18 Jahren.

⁶⁷⁹ Vgl. Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 27.

zeptpflichtigen Medikamenten durch den Arzt oder bei Schulbüchern durch die Schulbehörden.⁶⁸⁰

Gelten Endabnehmer bzw. -verbraucher und Fachkreise bei der Frage nach der Verkehrsdurchsetzung als beteiligte Verkehrskreise, so sind zumeist die Verbraucher entscheidend, da die Hersteller und Händler aufgrund ihrer besonderen Fachkunde die gängigen Marken ohnehin besser als die Endverbraucher kennen.⁶⁸¹

c) Käufer und Verwender

Nach herrschender Ansicht sind bei einer Verkehrsbefragung auch solche Personen zu befragen, die sich lediglich als Verwender der angemeldeten Ware oder Dienstleistung betrachten.⁶⁸² Ob die befragte Person „Verwender“ ist, soll die Frage B. des vom DPMA vorgesehenen Fragekatalogs klären.⁶⁸³ Die Einbeziehung des Verwenders wird oftmals als selbstverständlich angenommen, ist aber nicht immer unproblematisch. Für die Einbeziehung dieser Personengruppe sprechen deren Produktvertrautheit und die Zweckbestimmung des Produkts.⁶⁸⁴ Sie ist auch ohne Weiteres nachvollziehbar, wenn diese Personen als Nachfrager oder zumindest als potenzielle Nachfrager auf das Marktgeschehen einwirken. Eine Einflussnahme in Form von Kaufaufträgen an die Käufer durch reine Konsumenten ist ebenso nicht auszuschließen.

Wird die befragte Person allerdings nur berufsbedingt mit der Ware oder Dienstleistung konfrontiert oder handelt es sich bei der Ware um einen Luxusartikel, so übt sie in der Regel keinen Einfluss auf die Anschaffung aus und wird für sich selbst eine solche auch nicht in Erwägung ziehen. Nimmt man die Verkehrskreisdefinition wörtlich, so zählen diese Personen nicht zum beteiligten Verkehrskreis, da dem Unterscheidungs mittel keine Bedeutung für deren wirtschaftliches Verhalten zukommt. Andererseits soll die Marke auch bei diesen Personen Verwendung finden, was wiederum für die Verkehrsbeteiligung spräche. Zudem stimmt die Produktvertrautheit der Verwender zumindest annähernd mit der Produktvertrautheit der Käufer überein. Darüber hinaus ist eine Abgrenzung zwischen Verwendern, die auf das Kaufverhalten Einfluss nehmen, und jenen, die nicht auf die Anschaffung einwirken, demoskopisch kaum durchführbar. Es

⁶⁸⁰ Vgl. Marbach sic! 2007, 3, 11.

⁶⁸¹ Diesbezüglich ist anzumerken, dass es eine Verrechnung der verschiedenen Verkehrsdurchsetzungsquoten (Endverbraucher-Fachkreise) nicht gibt.

⁶⁸² Vgl. BPatG vom 28.10.2009, Az.: 29 W (pat) 1/09, Nr. 17 – Farbmarke Gelb (HKS 5).

⁶⁸³ Vgl. hierzu Kap. E.I.7.d)bb).

⁶⁸⁴ Vgl. Eichmann GRUR 1999, 939, 949.

ist allgemein anerkannt, dass zumindest die sog. „Entscheider“, also Personen, die allein oder zusammen mit anderen die Anschaffung von Waren oder Dienstleistungen beschließen, zum Verkehrskreis hinzuzurechnen sind.⁶⁸⁵

Im Hinblick darauf sollte eine Einbeziehung nur bei Waren und Dienstleistungen, bei denen es ausgeschlossen erscheint, dass der Verwender zugleich eine für die Anschaffung relevante Rolle übernimmt, unterbleiben.⁶⁸⁶ Es ist anzunehmen, dass oftmals ohnehin eine weitgehende Identität zwischen Verwendern und den Kauf beeinflussenden Personen besteht.⁶⁸⁷

d) Aktuelle, potenzielle und interessierte Käufer

aa) Die Rechtsprechung

(1) Ausgangspunkt

Die frühere Rechtsprechung zu § 4 Abs. 3 WZG lehnte sich bei der Ermittlung des Verkehrskreises an die Rechtsprechung über die Verkehrsgeltung nach § 25 WZG an, die seit der Rechtsprechung des Reichsgerichts⁶⁸⁸ die Verkehrsgeltung für das gesamte Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht definierte. Demnach waren unter den beteiligten Verkehrskreisen die Abnehmer zu verstehen.⁶⁸⁹

Das RG machte in der Alpenmilch-Entscheidung⁶⁹⁰ zu der Frage der Abgrenzung der „beteiligten Verkehrskreise“ folgende Ausführungen: Bei Erzeugnissen, die nach Beschaffenheit und Preis nur in einem begrenzten Kreis des Publikums Absatz finden, komme es auf die Auffassung dieses Kreises an. Bei solchen Waren hingegen, die als Nahrungsmittel des täglichen Bedarfs Zugang zu breiten Schichten der Bevölkerung finden, seien alle Personen maßgebend, die beim Weitervertrieb oder als Verbraucher mit ihr in Berührung kommen. In erster Linie seien deshalb auf diesem Gebiet die Hausfrauen für die Verkehrsauffassung bestimmend.

Die Rechtsprechung des RG zielte konkret auf den in Betracht kommenden Abnehmerkreis. Den Grundsatz, jeweils die aktuellen Abnehmer der betreffenden Warengattung bildeten die „beteiligten Verkehrskreise“ im Sinne des Ausstattungsschutzes,

⁶⁸⁵ Vgl. HABM-BK vom 11. Januar 2006, Az.: R 0001/2005-4, Rn. 33 – HILTI-Koffer

⁶⁸⁶ Z.B. Gewerbemobiliar, Warenregale.

⁶⁸⁷ Vgl. auch Müller S. 50.

⁶⁸⁸ Vgl. RG GRUR 1934, 370 – Hosenträgerband.

⁶⁸⁹ Vgl. Böhm S. 79 m.w.N.

⁶⁹⁰ Vgl. RGZ 167, 171, 176 – Alpenmilch.

nahm die darauf folgende Rechtsprechung auf. Bereits damals wurde folglich geklärt, der Verkehrskreis könne je nach Art der Ware, insbesondere nach deren Preisniveau, variieren.⁶⁹¹

Zunächst wurden demnach die in Betracht kommenden Abnehmer mit den Käufern von Waren der gekennzeichneten Art gleichgesetzt.

(2) Ausweitung des Begriffs des beteiligten Verkehrskreises

Bei dem Versuch, den Begriff der „beteiligten Verkehrskreise“ weiter zu konkretisieren, ging die Rechtspraxis früher davon aus,⁶⁹² dass nicht nur die tatsächlichen Käufer, welche die Ware bereits gekauft haben, in Betracht zu ziehen sind, sondern auch Käufer, die irgendwann einmal möglicherweise die betreffende Ware kaufen, sog. potenzielle Abnehmer.

Der BGH kritisierte in der „Sunpearl II“-Entscheidung⁶⁹³ die Verfahrensweise, Abnehmer mit Käufern gleichzusetzen: *„Sie lässt aber dabei die volkswirtschaftliche Erkenntnis außer Acht, dass zwischen Massenkonsum und Preisgestaltung eine Wechselbeziehung in dem Sinne besteht, dass erhöhter Absatz Preisherabsetzungen ermöglicht und die Preissenkungen wieder zu einer Verbreiterung der Abnehmerkreise führen. Demnach ist es weitgehend von der Preispolitik sowie von Art und Umfang der Absatzwerbung des Produzenten abhängig, ob sich Nahrungsmittel, wie Dosenkondensmilch einerseits und Obst und Gemüsekonserven andererseits, auf dem deutschen Markt als Artikel des Massenkonsums durchsetzen oder nicht. Eine rechtliche Unterscheidung in dem Sinne, als ob es bei Dosenkondensmilch auf die Vorstellungen aller Hausfrauen, bei Dosenobst und Dosengemüse aber allein auf die Vorstellungen der am Befragungstag bereits an Konservenverbrauch gewöhnten Hausfrauen ankommen sollte, würde daher nicht unbedenklich sein.“*

Die vom BGH angedeutete Auffassung fand im Schrifttum sogleich entschieden Widerspruch.⁶⁹⁴ In einer Folgeentscheidung⁶⁹⁵ revidierte bzw. konkretisierte der BGH sodann seine diesbezügliche These: *„Der Revision ist zuzugeben, dass der Unterschied zwischen tatsächlichen Verbrauchern und solchen, die es nicht oder noch nicht sind, im*

⁶⁹¹ Vgl. RG GRUR 1942, 217, 219 – Goldbronzierte Likörflasche; Busse/Starck § 25, Rn. 19.

⁶⁹² Zunächst bei BGH GRUR 1960, 130, 132 – Sunpearl II.

⁶⁹³ Vgl. BGH GRUR 1960, 130, 132 – Sunpearl II.

⁶⁹⁴ Vgl. etwa Heydt GRUR 1960, 135; ders. in Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 1. Band, 4. Auflage, S. 663.

⁶⁹⁵ Vgl. BGH GRUR 1963, 622, 623 – Sunkist.

Rahmen der Feststellung der beteiligten Verkehrskreise in manchen Fällen gemacht werden kann. Dabei wird jedoch zu unterscheiden sein zwischen solchen Verbrauchern, die überhaupt nicht gewohnt sind, auf Waren der in Betracht kommenden Art zu achten, und solchen Verkehrskreisen, die lediglich aus nicht bleibenden Gründen bislang von einem Verbrauch abgesehen haben, aber immerhin nach ihren Verbrauchergewohnheiten für einen Verbrauch solcher Ware in Frage kommen und deshalb an diesem Warenangebot nicht achtlos vorübergehen. Jedenfalls wäre es aber nicht gerechtfertigt, den zuletzt genannten Teil der noch zu werbenden Verbraucherkreise, an die sich die Werbung mit den Warenzeichen ja auch richtet, bei der Frage der Verkehrsgeltung außer Betracht zu lassen. Die von der Revision in diesem Zusammenhang genannten Beispiele, wie etwa das Angebot von Pelzwaren, Schmuck u. dgl., zeigen zwar, dass ihr Hinweis für manche Fälle berechtigt ist, zugleich aber doch auch, dass bei Waren des täglichen Bedarfs, die wie die hier fraglichen Konserven bereits Eingang in nahezu alle Schichten der Bevölkerung gefunden haben, die von der Revision gemachte Unterscheidung nicht gerechtfertigt ist.“

Auch weitere Entscheidungen, die diese Problematik aufgriffen, konstatierten, auch die potenziellen Abnehmer müssten bei der Ermittlung der Verkehrskreise Berücksichtigung finden.⁶⁹⁶ In diesen Entscheidungen wurde jedoch eine vorsichtige Differenzierung für Waren vorgenommen, bei denen es sich nicht um Waren des Massenkonsums, sondern z. B. um Zigaretten handelte. In einem solchen Fall könne die Frage durchaus anders zu beurteilen sein.⁶⁹⁷

Diese eher noch einschränkende Rechtsprechung wurde jedoch im Zusammenhang mit der Prüfung der Verwechslungsgefahr wieder verallgemeinert. Hinsichtlich der Ware Bier widersprach der BGH⁶⁹⁸ der vom BPatG⁶⁹⁹ vorgenommenen Einschränkung, Personen auszuklammern, die aus gesundheitlichen oder sportlichen Gründen, ferner aus Alters- oder sonstigen Gründen kein Bier trinken, auch aus sonstigen Anlässen kein Bier kaufen und auch sonst nichts mit Bier zu tun haben. Damit entspreche das BPatG nicht den Grundsätzen der Rechtsprechung, nach denen bei Gegenständen des täglichen Bedarfs grundsätzlich alle Verbraucher zu den beteiligten Verkehrskreisen zu zählen

⁶⁹⁶ Vgl. etwa BGH GRUR 1971, 305 – Konservenzeichen II, wonach bei Gemüse- und Fruchtkonserven alle Verbraucher dazu gehören, mögen sie auch an den Konservengebrauch nicht gewöhnt sein.

⁶⁹⁷ Vgl. BGH GRUR 1971, 305, 307 – Konservenzeichen II mit Bezug auf BGH GRUR 69, 683, 685 – Isolierte Hand.

⁶⁹⁸ Vgl. BGH GRUR 1974, 220, 222 – Club Pilsener.

⁶⁹⁹ Vgl. BPatG GRUR 1972, 654, 656 – Club Pilsener.

seien, darunter auch die potenziellen Verbraucher. Zu Letzteren gehöre aber auch der vom BPatG ausgeschiedene Personenkreis. Als Voraussetzung gilt demnach, dass die Ware Gegenstand des täglichen Bedarfs ist.

In einem Urteil äußerte sich der BGH⁷⁰⁰ konkreter, indem er ausführte, was als Massenware gelte und was nicht. Dies richte sich nach Art und Preis der Ware. In der Qualitätsseifen-Entscheidung geht er weiterhin von dem Grundsatz aus, neben den aktuellen Verbrauchern seien auch diejenigen Personen einzubeziehen, die noch nicht Käufer oder Verwender dieser hochpreisigen Seifen sind oder waren. Darüber hinaus stellte der BGH grundsätzlich klar, dass selbst bei Gegenständen des täglichen Bedarfs nicht ausnahmslos alle Verbraucher fokussiert werden dürften, sondern auch zu erörtern sei, ob Teile des Verkehrs aus bestimmten Gründen nicht als Abnehmer der einschlägigen Waren in Betracht kämen.

„Maßgeblich sind die Durchsetzung innerhalb beteiligter Verkehrskreise (§ 25 WZG). Zu diesen gehören bei Seifen zunächst diejenigen Verbraucher, die ohnehin regelmäßig oder gelegentlich Käufer der mit der Ausstattung versehenen Seifen sind. Ebenso sind diejenigen dazuzurechnen, die als Käufer und Verwender konkurrierender Erzeugnisse der gleichen Qualitäts- und Preisklasse in Betracht kommen, weil sich deren Augenmerk erfahrungsgemäß auch auf Konkurrenzprodukte erstreckt und diese im Rahmen des Auswahlprozesses in die Kaufüberlegungen einbezogen werden. Ferner gehören dazu Verbraucher, die aus sonstigen Gründen derartigen Waren ihr Interesse zuwenden, hier z.B. als Geschenkartikel. Soweit die Vorinstanzen auch diejenigen Verbraucher einbezogen haben, die zu diesen Kreisen nicht gehören, kann ihnen nicht zugestimmt werden. Wenn das Berufungsgericht meint, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes seien bei Gegenständen des täglichen Bedarfs grundsätzlich alle Verbraucher zu den beteiligten Verkehrskreisen zu zählen, stellt dies bei der Anwendung auf den vorliegenden Fall eine zu weitgehende Verallgemeinerung dar. In den genannten Entscheidungen (GRUR 1971, 305 - Konservenzeichen II und GRUR 1960, 130 - Sunpearl II, siehe auch GRUR 1963, 622 - Sunkist) ging es um Waren des Massenkonsums, bei denen es ohnehin naheliegt, dass sie von fast allen Verbrauchern bei ihren Kaufentscheidungen in Betracht gezogen werden, selbst wenn der Erwerb bei einigen kleineren Gruppen aus besonderen Gründen noch nicht üblich geworden ist. In jenen Entscheidungen ist aber auch darauf hingewiesen worden, dass bei Waren, die

⁷⁰⁰ Vgl. BGH GRUR 1982, 672 – Aufmachung von Qualitätsseifen.

nicht dem Massenkonsum in dem genannten Sinne zuzurechnen sind, wie etwa aus Preisgründen bei Pelzwaren und Schmuck (vgl. BGH aaO - Sunkist) oder bei Zigaretten (BGH aaO - Konservenzeichen II) die beteiligten Verkehrskreise enger, nämlich im Hinblick auf Käufer und Interessenten zu begrenzen sind.“ Der BGH erachtete es als unerheblich, dass die Ware in Frauenzeitschriften beworben wurde, da dies nicht die Eigenschaft der Ware als Massenkonsumartikel impliziere. Weite Kreise würden einem solchen Angebot aufgrund des hohen Preises keine Aufmerksamkeit widmen. Das BPatG blieb allerdings seiner Argumentation treu. So stellte es später fest, dass kaum einzusehen sei, *„dass bei einem Teil des Publikums, von dem feststeht, dass er niemals Bier trinkt oder kauft, gleichwohl ein aktuelles oder potenzielles Interesse an diesem Getränk unterstellt wird“*.⁷⁰¹

(3) Uneinheitliche Linie

Die Rechtsprechung zum Umfang der beteiligten Verkehrskreise erfolgte uneinheitlich. So wurden zahlreiche Entscheidungen getroffen, die die Problematik der potenziellen Verbraucherkreise gar nicht aufgriffen, sondern sich im Sinne der traditionellen Auffassung auf den effektiven Käuferkreis richteten. So sollten bei der Ausstattung einer Verpackung von koffeinfreiem Kaffee *„die Verbraucher dieser Art von Kaffee (...) die entscheidende, von den übrigen Kaffeeverbrauchern abzugrenzende Gruppe der beteiligten Verkehrskreise“* bilden;⁷⁰² der BGH fragte nicht danach, ob diese Gruppe mit wachsendem Gesundheitsbewusstsein der Bevölkerung nicht vielleicht in Expansion begriffen sei, sodass zusätzlich ein Kreis potenzieller Trinker von koffeinfreiem Kaffee zu berücksichtigen wäre. Im Hinblick auf den Ausstattungsschutz einer Teekanne betrachtete es der Bundesgerichtshof als akzeptable Berechnungsweise, von den *„als Teetrinkern in Betracht kommenden Verkehrsteilnehmern“* auszugehen, d. h. von den 87 % der Bevölkerung, *„die regelmäßig oder gelegentlich Tee trinken“*;⁷⁰³ es wird nicht postuliert, bei einem Massengenussmittel wie Tee auf die Gesamtbevölkerung abzustellen. Bei Zigaretten gelten *„Raucher und Tabakwarenkäufer“* als die in Betracht kommenden Verkehrskreise.⁷⁰⁴

⁷⁰¹ Vgl. BPatG GRUR 1994, 627, 628 – ERDINGER; BPatG GRUR 2007, 593, 596 – Ristorante; Eichmann GRUR 1999, 939, 949 f.; Ingerl/Rohnke § 8, Rn. 321; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 504.

⁷⁰² Vgl. BGH GRUR 1963, 423, 427 – koffeinfrei.

⁷⁰³ Vgl. BGH GRUR 1968, 419, 421 – feuerfest I.

⁷⁰⁴ Vgl. BGH GRUR 1969, 683, 684 – Isolierte Hand.

Die Rechtsprechung des BGH war in dieser Hinsicht nicht ganz geklärt. Er wich zwar gelegentlich – zögernd und in einer geringen Zahl von Fällen – von der herrschenden Meinung der Relevanz des aktuellen Abnehmerkreises ab und verlangte, „grundsätzlich“ auch potenzielle Abnehmer einzubeziehen. Grund und Reichweite dieser Rechtsprechung blieben jedoch weiterhin unklar.

(4) Weitere Entwicklungen in der Rechtsprechung bis heute

Erst in den 80er-Jahren verfolgte die Rechtsprechung diesbezüglich eine einheitliche Linie, deren Beginn die oben zitierte Qualitätsseifen-Entscheidung⁷⁰⁵ markierte. Es folgten einige Entscheidungen, die den Verkehrskreis auf Personen ausweiteten, die die Ware kaufen bzw. verwenden, und solche, die zumindest daran interessiert sind. Die Beschlüsse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Wer zu den Abnehmern gehöre, bestimme sich nach den angemeldeten Waren und deren üblicher bestimmungsgemäßer Verwendung, die nach dauerhaften charakteristischen Kriterien und nach den objektiven Merkmalen der beanspruchten Waren zu beurteilen sei und nicht etwa nach Werbekonzeptionen bzw. individuellen Vermarktungsstrategien, die jederzeit geändert werden könnten.⁷⁰⁶

Bei Konsumartikeln des täglichen Bedarfs ist die Gesamtbevölkerung angesprochen. Im Übrigen ist für jede Warengruppe und Dienstleistungssparte einzeln festzustellen, welche Verkehrskreise beteiligt sind. Dabei kann es sich sowohl um die privaten Endverbraucher, die gewerblichen Verbraucher, die Großhändler oder auch die Hersteller handeln. Je nach Produktart richtet sich die Marke nur an Fachkreise oder an den allgemeinen Verkehr. Entscheidend ist, auf die das fragliche Konsumgut tatsächlich erwerbenden Kreise abzustellen. Handelt es sich um ein Grundnahrungsmittel, besteht der beteiligte Verkehrskreis aus allen Verbrauchern, handelt es sich hingegen um ein spezielles Nahrungsmittel wie etwa Bier bzw. Weißbier, so ist der beteiligte Verkehrskreis entsprechend zu beschränken.⁷⁰⁷ Verbraucher, die nie Bier trinken und auch nie Bier erwerben, sind daher von vornherein aus dem Kreis des beteiligten Verkehrs auszuschließen. Die Kennzeichnung der Produktion einer Fernsehsendung richtet sich hingegen nicht nur an die an der Produktion beteiligten Fachkreise, sondern im Rahmen

⁷⁰⁵ Vgl. BGH GRUR 1982, 672 – Aufmachung von Qualitätsseifen.

⁷⁰⁶ Vgl. BGH GRUR 2008, 710, 712, Nr. 32 – VISAGE; BGH GRUR 2002, 340, 341 – Fabergé.

⁷⁰⁷ Vgl. BPatG GRUR 1994, 627, 628 – ERDINGER; siehe aber BGH GRUR 1974, 220, 222 – Club-Pilsener.

ihrer Aussendung im Regelfall auch an alle Fernsehzuschauer und damit an sämtliche Endabnehmer.⁷⁰⁸

Der BGH hat daher das im früheren § 4 Abs. 3 WZG enthaltene Merkmal „Verkehr“ dahingehend interpretiert, dass hierzu all diejenigen Kreise zählen, in denen das Zeichen Verwendung finden soll oder Auswirkungen zeitigen wird.⁷⁰⁹ Eine Beschränkung des Verkehrs ist folglich nur in den Fällen angebracht, für die ausgeschlossen werden kann, dass der aus dem beteiligten Verkehrskreis entnommene Personenkreis mit der Ware oder der Dienstleistung in Berührung kommt.

Nicht eindeutig geklärt ist jedoch die Frage, ob nun potenzielle Käufer oder aber aktuell Interessierte mit einzubeziehen sind. Nach den Ausführungen der neueren Rechtspraxis ist jedoch der potenzielle Käufer bei der Verkehrsbefragung relevant.⁷¹⁰ So erklärte der BGH etwa in der Lotto-Entscheidung⁷¹¹, *„dass für die Frage der Verkehrsdurchsetzung nicht allein auf die am Lottospiel interessierten Kreise abgestellt werden kann. Denn auch diejenigen Teile des Verkehrs, die sich selbst nicht als an Lotteriespielen interessiert bezeichnen würden, kommen als gelegentliche Teilnehmer derartiger Spiele in Betracht. Die Werbung der Veranstalter solcher Spiele richtet sich dementsprechend – wie das BPatG festgestellt hat – an alle Verbraucherkreise und trägt damit dem Umstand Rechnung, dass der angekündigte Vorteil, also die Chance auf einen Geldgewinn, für jedermann von Interesse ist und fast alle Bevölkerungskreise – auch diejenigen, die bislang noch kein Interesse an derartigen Spielen gezeigt haben – der Erwägung zugänglich erscheinen, ihr Glück einmal zu versuchen, um mit einem verhältnismäßig kleinen Einsatz einen großen Gewinn zu erzielen.“* Nicht einzubeziehen sind deshalb lediglich jene Teile der Bevölkerung, welche Lotteriespiele kategorisch ablehnen. Das BPatG⁷¹² setzte diese Rechtsprechung fort, wonach nur diejenigen bei der Verkehrskreisdefinition unberücksichtigt bleiben sollen, die bei Waren oder Dienstleis-

⁷⁰⁸ Vgl. BGH GRUR 1990, 360, 361 – Apropos Film II; Fezer § 8, Rn. 697.

⁷⁰⁹ Vgl. BGH GRUR 1986, 894, 895 – OCM; BGH GRUR 1990, 360, 361 – Apropos Film II; Fezer § 8, Rn. 696

⁷¹⁰ Vgl. BGH GRUR 2006, 760, 763, Rn. 22 – LOTTO; BPatG vom 26.06.2007, Az.: 25 W (pat) 92/04, Nr. 28 – Melissengeist.

⁷¹¹ Vgl. BGH GRUR 2006, 760 – LOTTO. In dem Verfahren ging es um die für Druckerzeugnisse u.a. Waren und Dienstleistungen eingetragene Marke LOTTO, gegen die ein Löschungsantrag gestellt wurde. Das DPMA entsprach dem Löschungsantrag teilweise. Der Antragsteller begründete seinen Antrag mit § 50 I Nrn. 3, 4 MarkenG, weil der Marke für alle Waren und Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehle, sie als Produktmerkmalsbezeichnung dienen könne und sie für Lotteriespiele zur üblichen Bezeichnung geworden sei. Diese Eintragungshindernisse hätten nicht durch Verkehrsdurchsetzung beseitigt werden können. Im Übrigen sei die Anmeldung bösgläubig erfolgt.

⁷¹² Vgl. BPatG GRUR 2007, 593, 596 – Ristorante.

tungen des Massenkonsums den Erwerb oder die Verwendung der jeweiligen Ware bzw. die Inanspruchnahme einer Dienstleistung „*kategorisch ablehnen*“. Nach der LOTTO-Entscheidung⁷¹³ durfte man annehmen, dass auch der BGH sich bei dieser Frage endgültig festgelegt hätte. Eine die Entscheidung insofern fortsetzende Rechtsprechung fehlt jedoch bis heute,⁷¹⁴ so dass man sich weiterhin gedulden muss, bis diese Problematik einer nachhaltigen höchstrichterlichen Klärung zugeführt wird.

bb) Die Diskussion im Schrifttum

Die damalige Literaturmeinung kritisierte die Verkehrskreiserweiterung und damit auch die Erschwerung des Nachweises der Verkehrsdurchsetzung durch die Relevanz des potenziellen Käufers zum Teil sehr stark.⁷¹⁵

So wurde ausgeführt, dass man die Auswahl des relevanten Verkehrskreises „*weitgehend nach der Art der Ware (wird) vornehmen müssen*“. Es könne für die Beteiligung nicht allein genügen, dass der Betreffende sich schon einmal mit der Ware befasst, sie gekauft hat oder kaufen wollte. Der Begriff des potenziellen Käufers sei zu vage. Zu potenziellen Käufern könnten zu viele Personen erklärt werden, welche dies in Wirklichkeit aber gar nicht darstellten.⁷¹⁶

Schricker⁷¹⁷ suchte einen neuen Ansatzpunkt in die Diskussion einzubringen und den bis dato recht unbestimmt beschriebenen Begriff der sog. potenziellen Abnehmer zu präzisieren. Den Ausgangspunkt seiner Lösung bildet die Voraussetzung des aufgrund von Erfahrung erfolgenden Prozesses des Wiedererkennens, welcher der Verkehrsdurchsetzung zugrunde liege. Nur die aktuell am Geschäftsverkehr Beteiligten verfügten über die Möglichkeit, das Erfahrungswissen zu sammeln, auf dem die Verkehrsdurchsetzung beruhe. Griffe man dagegen über den aktuellen Geschäftskreis hinaus und befragte man auch die potenziellen Verkehrsteilnehmer, so erhielte man, wenn die Frage richtig gestellt und ehrlich beantwortet würde, nur den Bescheid „weiß nicht“; anderslautende Antworten stellten für die Frage nach der Verkehrsdurchsetzung unbrauchbare Vermutungen dar. Stünde die Erfahrung im Fokus, so müsse der aktuelle Verkehrskreis

⁷¹³ Vgl. BGH GRUR 2006, 760 – LOTTO.

⁷¹⁴ Vgl. BGH GRUR 2007, 1066, 1068, Nr. 35 – Kinderzeit; BGH GRUR 2009, 954, 956, Nr. 26 – Kinder III; BGH GRUR 2010, 138, 142, Nr. 46 – ROCHER-Kugel, wonach eine dahingehende Entscheidung ausdrücklich offen gelassen wurde; vgl. auch Ströbele/Hacker § 8, Rn. 504.

⁷¹⁵ Vgl. zur noch alten Rechtsprechung bestehenden Literaturansicht Sauberschwarz, S. 45 ff. Umfassend zur Verkehrskreisauswahl im Rahmen des § 3 UWG a.F. auch Müller S. 44 ff.

⁷¹⁶ Vgl. Noelle-Neumann/Schramm GRUR 1966, 70, 75.

⁷¹⁷ Vgl. Schricker GRUR 1980, 462.

diejenige Personengruppe umfassen, welche in der Lage sei, entsprechendes Erfahrungswissen zu erwerben. Neben den aktuellen Käufern gehöre hierzu auch die Gruppe derjenigen, die die betreffende Warengattung zwar noch nicht kaufe, aber diesbezügliche Bedürfnisse empfinde und, durch diese aktiviert, gegenüber der Ware aufmerksam sei. Die Erfahrung stamme nicht aus dem Konsum oder dem Kauf der Ware selbst, sondern resultiere daraus, dass diese „Interessengruppe“ auf Angebot und Werbung achte. Diese Gruppe der „aktuell Interessierten“ sei aber von der Gruppe der „potenziell Interessierten“ klar zu trennen. Wie umfangreich diese Gruppe ist, hänge von den Gegebenheiten des Einzelfalles ab. Bei teuren Gebrauchsgütern sei ein größerer Kreis in die Abwägungsphase einzubeziehen, da hier ein Kauf erst nach reiflicher Überlegung getätigt werde. Bei weniger kostspieligen Gütern sei diese Gruppe dagegen sehr klein. Hier liege der Schluss nahe, es bestehe einerseits eine Gruppe aktueller Käufer und andererseits eine Gruppe von Verbrauchern, die noch kein Bedürfnis nach der Ware empfinden, welche als potenzielle Teilnehmer aber außer Acht zu lassen seien. Dieses Ergebnis wäre auch von einer Interessenabwägung⁷¹⁸ der Beteiligten gedeckt.⁷¹⁹ Schrickers⁷²⁰ kommt anhand der Interessenabwägung zu dem Schluss, die potenziell Verkehrsbeteiligten erlitten, würde man sie bei der Prüfung der Verkehrsgeltung nicht mit einbezogen haben, nicht nur keine Nachteile, vielmehr wären sie letztlich sogar besser gestellt. Sie verfügten auf dem Markt über ein Unterscheidungszeichen mehr als zusätzlichen Orientierungspunkt als beim gegenteiligen Fall, bei dem die nicht ganz auszuschließende Gefahr von Verwechslungen eliminiert werde.

Andersen⁷²¹ schlug vor, den potenziellen Verkehrskreis nur in eindeutig vorhandenen Ausnahmefällen als Randzone des Verkehrskreises heranzuziehen. Er schloss sich der Ansicht Schrickers an, der Begriff des potenziellen Verkehrskreises sei nicht eindeutig und man solle daher bei Artikeln mit verbreitetem Konsum nicht stets von vornherein die Gesamtbevölkerung zum Verkehrskreis rechnen.

Würtenberger⁷²² stimmte diesen Ausführungen zwar grundsätzlich insofern zu, als sie die zukünftig denkbaren Käufer/Interessenten nicht als beteiligten Verkehrskreis

⁷¹⁸ Die Interessenabwägung nimmt Bezug auf den Ausstattungsschutz. Die Interessenlage ist hier bezüglich einer Verkehrsdurchsetzung nicht anders zu werten.

⁷¹⁹ Würtenberger GRUR 1988, 272, 273 will aufgrund fehlender Eindeutigkeit auf die Adjektive verzichten und schlägt vor, nur noch von Käufer, Interessierte und zukünftig denkbare Käufer/Interessenten zu sprechen.

⁷²⁰ Vgl. Schrickers GRUR 1980, 462, 469.

⁷²¹ Vgl. Andersen GRUR 1981, 160, 163.

⁷²² Vgl. Würtenberger GRUR 1988, 272, 273 f.

berücksichtigen. Allerdings hielt er es für bedenklich, die Interessenten einzubeziehen, die noch nicht gekauft haben, aber möglicherweise in allernächster Zukunft kaufen werden und sich deshalb in der Informationsphase befinden. Denn sofern dieser Prozess nicht zu einem Kaufabschluss oder zumindest zur bewussten Konfrontation mit den verwendeten Kennzeichen führt, könne ebenfalls nur von einem potenziellen, nicht aber von einem realen Interesse gesprochen werden. Das Interesse an einem Produkt resultiere aus zahlreichen Beweggründen. Es bedeute aber nicht zwingend, dass sich die befragten Verbraucher auch bereits mit den entsprechenden Warenkennzeichnungen auseinandergesetzt haben. Eine Befragung der entsprechenden Personen hinsichtlich ihrer Stufe der Produktinformation würde allerdings nur bedingt zuverlässige Ergebnisse liefern. Einerseits sei sich die befragte Person selten über dieses Stadium bewusst, andererseits gehe die Marketing-Forschung allgemein davon aus, es gebe sozialproblematische Produktkategorien, die Antworten aus Prestige Gründen hervorrufen würden.⁷²³ Außerdem sei der Marktteilnehmer an bestimmten Produkten interessiert, obwohl seine wirtschaftliche Lage auf absehbare Zeit nicht die Annahme zulässt, dieses Interesse lasse sich durch einen Kauf realisieren. Würtenberger kam daher zu dem Schluss, es komme im Interesse eines relativ unverfälschten Umfrageergebnisses allein auf die Verkehrskreise an, welche die entsprechenden Waren bereits gekauft haben.

Ströbele⁷²⁴ streift diese Problematik lediglich. Er plädiert jedoch dafür, neben den aktuellen Käufern auch die möglicherweise zukünftig in Betracht kommenden Abnehmer zu berücksichtigen, da der laufenden Gewinnung neuer Zielgruppen als Abnehmer von Waren und Dienstleistungen immer größeres Gewicht in der wirtschaftlichen Planung zukomme.

Mittlerweile folgt auch die Lehre der aktuellen Rechtsprechung und problematisiert diese Thematik kaum noch.⁷²⁵ Dennoch verbleiben Stimmen, die den Begriff der potenziellen Verkehrsbeteiligung für nicht sachgerecht halten.⁷²⁶ Der Begriff der „*kategorischen Ablehnung*“ stelle eine moralische Dimension dar, die allenfalls auf möglicherweise schädliche oder aus sonstigen Gründen tabuisierte Produkte und Dienstleistungen angewendet werden könne, nicht aber auf Konsumgüter des täglichen Lebens. Schließlich sei nie vollständig auszuschließen, dass der Verbraucher irgendwann doch das zu-

⁷²³ Vgl. auch Hertrich S. 154.

⁷²⁴ Vgl. Ströbele GRUR 1987, 75, 78; gleichbleibend aber ohne eine Entscheidung treffend Ströbele/Hacker § 8, Rn. 501.

⁷²⁵ Vgl. Ströbele/Hacker § 8, Rn. 501; Berlit WRP 2002, 636.

⁷²⁶ Vgl. Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 53 ff.

vor abgelehnte Produkt erwirbt oder die Dienstleistung in Anspruch nimmt.⁷²⁷ Vielmehr bedürfe es einer weiteren Einschränkung, wenn im Einzelfall ein Abstellen allein auf die tatsächlichen Konsumenten nicht akzeptabel erscheint. Sachgerecht sei es dagegen, Personen mit einzubeziehen, die beabsichtigen, die untersuchungsgegenständliche Ware oder Dienstleistung zu erwerben, zu nutzen oder sonst zu konsumieren, weil bei diesen zu erwarten sei, dass sie sich in absehbarer Zeit am Marktgeschehen beteiligen. Diese Absicht könne durch die Frage „*Haben Sie in absehbarer Zeit vor ... anzuschaffen?*“ zweifelsfrei ermittelt werden. Im Bereich der Verkehrsdurchsetzung, bei der es auf bereits bestehende Markenkenntnis ankommt, könne z. B. eine vertiefende Nachfrage wie „*Haben Sie sich schon näher damit befasst, was es dabei/auf diesem Markt so alles für Angebote gibt?*“ angeschlossen werden, um konkrete Hinweise diesbezüglich zu ermitteln.⁷²⁸

Pflüger vertritt daher die Ansicht, bei Untersuchungen der Verkehrsdurchsetzung die enge Definition der tatsächlichen Abnehmer/(Mit-)Entscheider, allenfalls ergänzt um potenzielle Verkehrsbeteiligte im Sinne „*aktuell interessierter Käufer/Verwender/Nutzer*“, anzuwenden, da es schließlich um die Ermittlung von Eindrücken gehe, die sich aufgrund von Markterfahrung und -kenntnis eingeprägt hätten. Dies sei der Fall, wenn der Befragte zum Käufer oder zumindest Interessenten wird und sich näher mit dem Markt befasst. Ob dies der Fall ist, könne durch entsprechende Verkehrskreisfragen eruiert und bei der Auswertung berücksichtigt werden. Vorzugswürdig erscheine die Verwendung einer engen Zeitschiene, die entsprechend abgefragt werden müsse: „*Kommt der Kauf/Verzehr/Konsum von ... für Sie in absehbarer Zeit in Betracht und haben Sie sich schon näher damit befasst, was es da so alles für Angebote auf dem Markt gibt?*“ Nur wer diese Frage bejaht, könne nach Ansicht von Pflüger⁷²⁹ noch als verkehrsbeteiligt angesehen werden. Werde der enge Kreis der bereits Verkehrsbeteiligten um diejenigen erweitert, die in absehbarer Zeit möglicherweise als Käufer hinzukommen, seien die Ergebnisse für die „*potenziell*“ Beteiligten getrennt auszuweisen und zu bewerten. Zumindest solle eine Berücksichtigung dahingehend stattfinden, dass die gegebenenfalls abweichenden Resultate in die Darstellung und Bewertung der Gesamtergebnisse einfließen könnten, damit eventuellem zukünftigen Marktverhalten nicht

⁷²⁷ Vgl. Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 54.

⁷²⁸ Vgl. Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 55.

⁷²⁹ Vgl. Pflüger GRUR 2014, 423, 426.

das gleiche Gewicht beigemessen werde wie dem derzeitigen.⁷³⁰ Der Begriff des „*kategorischen Ablehnens*“ hätte bei Parteien und Anwälten zum Teil zu großer Verunsicherung geführt, mit dem Ergebnis, dass derzeit fast alle rechtsdemoskopischen Untersuchungen – trotz inhaltlicher Ablehnung dieser Vorgabe – mit entsprechenden Zusatzfragen versehen würden. Die Einbeziehung von Personen, die nur vielleicht irgendwann real verkehrsbeteiligt sein könnten, berge im Übrigen die Gefahr, dass die für den Nachweis geforderten prozentualen Größenordnungen nicht mehr erreicht würden, weil zu viele Unbeteiligte die Ergebnisse verwässerten.⁷³¹

cc) Kritik

Sowohl die Rechtsprechung als auch die gegen diese Praxis ausgeführten kritischen Stimmen können nachvollziehbare Argumente für die jeweilig vertretene Ansicht vorbringen.

Ausgangspunkt für eine Lösung des Problems ist die Frage, wer im Hinblick auf das untersuchungsgegenständliche Objekt durch sein tatsächliches Kauf-, Konsum- oder Nutzungsverhalten einen wirtschaftlichen Einfluss ausübt und zum Warenabsatz oder zur Nutzung einer Dienstleistung beiträgt. Aus diesem Blickwinkel ist entscheidend, mit welcher Definition eine Abgrenzung vorgenommen werden kann.

Dabei ist zwischen Massenware und Spezialware zu differenzieren. Im Fall der Massenware wird der Zeichenanmelder versuchen, das Zeichen weiter am Markt durchzusetzen und die Umsätze zu verbessern, indem er neue Käufer oder Nutzer akquiriert. Als Zielsetzung folgt daraus, möglichst jeden Verbraucher anzusprechen und diesen vom Kauf oder Konsum zu überzeugen. Daher erscheint es auch gerechtfertigt, wenn die Rechtsprechung diesbezüglich auf die Gesamtbevölkerung als verkehrsbeteiligt abstellt, da das Zeichen auch auf dem gesamten Markt präsent sein soll.

Bei Waren oder Dienstleistungen, die keine Massenware darstellen, ist danach zu unterscheiden, ob die Ware oder Dienstleistung grundsätzlich für alle Verbraucher zu kaufen bzw. nutzen von Interesse ist, oder ob – auf die Klientel bezogen – Einschränkungen bestehen, wie etwa bei Alkohol, Tabak oder sonstigen speziellen Lebensmitteln,

⁷³⁰ Vgl. Loschelder/*Pflüger* § 42, Rn. 56.

⁷³¹ Vgl. Loschelder/*Pflüger* § 42, Rn. 57.

v. a. Genussmitteln, die nach Geschmack gekauft oder verwendet werden.⁷³² Diese Produkte besitzen die Eigenschaft, nur von bestimmten Konsumenten erworben oder genutzt zu werden, während andere diese strikt ablehnen oder gar nicht mit diesen in Berührung kommen.⁷³³ Bei all denjenigen Produkten, welche die Annahme zulassen, dass eine Vielzahl⁷³⁴ von Personen einen Kauf/Nutzen/Verwenden der Waren oder Dienstleistungen, sei es aufgrund subjektiver Einstellung oder objektiver Gründe, ausschließt, ist es ratsam, sich auf die tatsächlichen und realen Käufer/Nutzer/Verwender zu konzentrieren. Als Anhaltspunkt für eine derartige Feststellung könnten die Stellung der Warengattung im Gesamtsortiment und das Verhältnis zu Substitutionsgütern dienen. Bei solch einer Ware oder Dienstleistung bedarf es auch keiner Erweiterung auf potenzielle Verkehrsbeteiligte oder aktuell interessierte Käufer/Verwender/Nutzer, da diese Personen zum Fragezeitpunkt erwartungsgemäß wirtschaftlich – und damit auch rechtlich – keinen erheblichen Einfluss ausüben.

Der Preis einer Ware oder Dienstleistung darf hingegen kein Abgrenzungskriterium darstellen. Zwar existiert im Bereich teurer Gebrauchsgüter eine größere Randzone als bei billigen Produkten, da diese oftmals spontan gekauft werden, während dem Kauf teurer Produkte eine längere Entschlussphase vorausgeht. Allerdings ist der Preis nur Ergebnis wirtschaftlicher Abwägungen zwischen Nachfrage und Angebot und daher kein fixes Kriterium. Zum anderen kann der Zeicheninhaber während des Verfahrens darauf Einfluss nehmen, indem er die Ware oder Dienstleistung zunächst als hochpreisig im Markt positioniert, um sie danach möglicherweise zu einem niedrigeren Preis erneut anzubieten. Eine Ausnahme scheint lediglich dort angebracht, wo die Ware oder Dienstleistung aufgrund von für jeden offensichtlichen Gründen (Materialwert, aufwendige Fertigung usw.) nur als Luxusanschaffung in Betracht kommt, wie z. B. ein Luxusportwagen, und dies im Waren- und Dienstleistungsverzeichnis zum Ausdruck kommt. In einem solchen Fall wäre lediglich auf die tatsächlichen und realen Käufer/Nutzer/Verwender abzustellen.

⁷³² Aber auch Hobbyartikel, wie Golf- oder Tennisschläger, „Low Interest Products“, deren Kauf oder Auswahl bei den Konsumenten generell nur schwaches Interesse hervorrufen, sowie Produkte, die nur in bestimmten Lebensphasen angeschafft werden (Babyartikel; Kleinkinderartikel).

⁷³³ Ablehnen: Antialkoholiker – Alkohol, Nichtraucher – Tabakerzeugnisse; Keine Berührungen mit den Waren oder Dienstleistungen: kinderlose bzw. nicht ein Kind erwartende Personen – Babyartikel.

⁷³⁴ Dann also, wenn die Ablehnung nicht nur ausnahmsweise festzustellen ist, etwa wegen persönlicher Vorlieben oder Allergien.

In Bezug auf langlebige Wirtschaftsgüter und selten benötigte Dienstleistungen⁷³⁵ kann ein Rückgriff auf präsumtive Nachfrager zweckmäßig sein.⁷³⁶ Dennoch stellt sich aber auch hier die Frage, ob eine Einbeziehung potenzieller Käufer/Nutzer/Verwender zwingend erforderlich ist. Bei derartigen Waren oder Dienstleistungen handelt es sich nämlich zumeist um Produkte, bei denen die Befragten entweder überhaupt nicht vorhersagen können, ob sie sie irgendwann einmal kaufen/nutzen/verwenden, oder aber davon ausgehen, sie mit Sicherheit irgendwann einmal zu kaufen/nutzen/verwenden, ohne einen genauen Zeitpunkt nennen zu können. Deshalb ist es bezüglich derartiger Waren oder Dienstleistungen vertretbar, sich unmittelbar auf die Gesamtbevölkerung zu konzentrieren, sofern eine eindeutige Aufspaltung der Verkehrsbeteiligten nicht möglich ist. Einer Einbeziehung der potenziellen Verkehrsbeteiligten bedarf es aber ebenfalls nicht.

Eine Ausweitung der Definition auf potenziell verkehrsbeteiligte Personen ist somit meist nicht angezeigt. Sie ist zudem auch nicht zweckdienlich, da der Begriff keine klare Abgrenzung enthält, die für die Verlässlichkeit eines demoskopischen Gutachtens aber unabdingbar ist. Deshalb ist den Ausführungen Pflügers⁷³⁷ zuzustimmen, dass im Falle einer Einbeziehung von Personen, die nur vielleicht irgendwann real verkehrsbeteiligt sind, zu viele Unbeteiligte die Ergebnisse verwässern könnten und die für den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung geforderten Prozentsätze nicht mehr erreichbar wären.⁷³⁸

Es mag in der Praxis angezeigt sein, im Zweifelsfall den beteiligten Verkehrskreis weiter zu fassen und entsprechende Aufklärungsfragen im Fragebogen einzubauen, um eine Analyse bei einem eingeschränkten Personenkreis durchführen zu können. Ein derartiges Vorgehen kann vorbeugen helfen, dass eine Umfrage umsonst durchgeführt wird, weil die zu befragenden Personengruppen zu eng gefasst sind, während die nächste Prüfungsinstanz einen weiteren Verkehrskreis zieht.⁷³⁹

⁷³⁵ Hierzu zählen etwa größere Haushaltsgeräte, Gardinen, Teppiche oder Versicherungsverträge.

⁷³⁶ Vgl. auch Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 41.

⁷³⁷ Vgl. Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 57.

⁷³⁸ So auch Niedermann im Interview mit Frau Niedermann vom Institut für Demoskopie Allensbach vom 29.11.2010.

⁷³⁹ Vgl. Niedermann/Schneider sic! 2002, 815, 832; Schultz MA 1984, 143, 144 f.

e) Einschränkung des Verkehrskreises durch die Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses

Die Abgrenzung der beteiligten Verkehrskreise richtet sich nach den angemeldeten Waren oder Dienstleistungen in deren üblicher Vertriebs- bzw. Erbringungsart sowie deren üblicher bestimmungsgemäßer Verwendung. Eine Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses kann demnach nur dann den Bereich der maßgeblichen Verkehrskreise beeinflussen,⁷⁴⁰ wenn sie die allgemeinen und objektiven Eigenschaften sowie Zweckbestimmungen der Waren bzw. Dienstleistungen in einer wirtschaftlich nachvollziehbaren und damit rechtlich abgrenzbaren Weise betrifft, wobei hier dauerhafte charakteristische Kriterien relevant sind.⁷⁴¹ Die Abgrenzung darf nicht nur von der subjektiven, jederzeit abänderbaren Entscheidung desjenigen abhängen, der über die fraglichen Waren verfügungsberechtigt ist.⁷⁴² Insofern ist es nicht möglich, eine Einschränkung durch die Änderung des Preisniveaus vorzunehmen.⁷⁴³ Weiterhin beeinflusst eine solche Beschränkung die maßgeblichen Abnehmerkreise nur, wenn dies die Art der Ware insofern betrifft, als andere als die bezeichneten Abnehmer nach den Eigenschaften und der Zweckbestimmung der Ware ersichtlich nicht in Betracht kommen und die Nutzung durch die anderen Verkehrskreise ausgeschlossen wird.^{744, 745} Damit sind subjektive Verkaufsstrategien des Anmelders, der seine betreffende Ware oder Dienstleistung nur einem bestimmten und begrenzten Publikum verkaufen will, unerheblich, sofern sie sich nicht zwingend aus der objektiven Beschaffenheit der Ware oder Dienstleistung selbst ergeben. Auch bestimmte Vertriebswege und -beschränkungen sind unbedeutend, sofern sie lediglich einer momentanen Branchenübung entsprechen.⁷⁴⁶ Denn würde einem danach ausgelegten Eintragungsbegehren stattgegeben, beschränkten sich die Wirkungen der Eintragung nicht auf den Handel und die Vertriebsstruktur, sondern erfassten den Vertrieb bis zum Endabnehmer, obwohl das Zeichen bei

⁷⁴⁰ Neben den bereits unter Kap. E.I.3.e) ausgeführten Einschränkungswirkungen hinsichtlich der Eintragungsvoraussetzungen.

⁷⁴¹ Vgl. BGH GRUR 2002, 340, 341 – Fabergé.

⁷⁴² Vgl. BGH GRUR 1961, 181 – Mon Chéri.

⁷⁴³ Vgl. Utz S. 14.

⁷⁴⁴ Vgl. ausführlich hierzu Utz S. 15 ff. und die dort aufgeführten Beispiele.

⁷⁴⁵ Vgl. BPatG vom 18.12.2002, Az.: 28 W (pat) 50/01 – Achteckiger Behälter; BPatG Mitt. 1983, 98, BPatGE 24, 67, 73 – Pfeffer & Salz.

⁷⁴⁶ Vgl. BGH GRUR 1986, 894, 895 – OCM; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 505; Ströbele GRUR 1987, 75, 79.

diesen Verkehrskreisen mangels Durchsetzung weder unterscheidungskräftig noch geeignet wäre, das grundsätzlich bestehende Freihaltebedürfnis zu verdrängen.⁷⁴⁷

Im Rahmen des Anmeldeverfahrens besteht vonseiten des DPMA keine Verpflichtung, den Markenanmelder auf die Möglichkeit einer entscheidungserheblichen Beschränkung hinzuweisen.⁷⁴⁸

9. Gebietsauswahl

a) *Gesamtes Bundesgebiet*

Die Verkehrsdurchsetzung muss sich auf das gesamte Bundesgebiet beziehen, da sich auch der Schutz der eingetragenen Marke auf den gesamten Geltungsbereich des MarkenG erstreckt.⁷⁴⁹ Unberücksichtigt bleibt demnach, dass manche Zeichen aufgrund der Wiedervereinigung eine höhere Verkehrsgeltung in Ostdeutschland als in Westdeutschland oder umgekehrt genießen, da das Zeichen nur in den entsprechenden Gebieten Verwendung fand bzw. findet. Deswegen ist jede quotenmäßige Festlegung eines Zuschlags zur erreichten Verkehrsgeltung oder eines Abschlags von der generell erforderlichen Verkehrsgeltung aus Gründen der besonderen Verhältnisse der Wiederherstellung der deutschen Einheit wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheit abzulehnen.⁷⁵⁰

Das bedeutet jedoch nicht, im ganzen Bundesgebiet eine gleichmäßige Verkehrsdurchsetzung erlangen zu müssen. Gewisse Unterschreitungen im Durchsetzungsgrad können regional toleriert werden, sofern sie auf die Natur der Waren oder Dienstleistungen zurückzuführen sind und nicht auf das gesamte Bundesgebiet ausstrahlen.⁷⁵¹ Diese Besonderheiten bei Waren oder Dienstleistungen können z. B. vorkommen, wenn die Waren oder Dienstleistungen branchenbedingt nur in bestimmten Bereichen des

⁷⁴⁷ Vgl. BGH GRUR 1986, 894, 895 – OCM.

⁷⁴⁸ Vgl. BGH GRUR 2008, 710, 713 – VISAGE.

⁷⁴⁹ Vgl. auch EuGH GRUR 2006, 1022, 1026, Nr. 83-86 – Wicklerform und EuGH GRUR 2007, 234, 235, Nr. 23 – EUROPOLIS, wonach auch im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 3 GMV sowie mit der § 8 Abs. 3 MarkenG zugrundeliegenden Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 MarkenRL die Eintragung einer Marke kraft Verkehrsdurchsetzung die Durchsetzung im gesamten Gebiet des beantragten Markenschutzes verlangt wird, in dem jeweils das zu überwindende absolute Schutzhindernis besteht.

⁷⁵⁰ Vgl. OLG Dresden GRUR-RR 2002, 257, 260, 3. Leitsatz und Nr. 52 – Halberstädter Würstchen.

⁷⁵¹ Vgl. Berlitz WRP 2002, 636, 637.

Bundesgebiets zum Einsatz kommen.^{752, 753} Diesen Besonderheiten ist mit einer entsprechenden Beschränkung der beanspruchten Waren und Dienstleistungen zu begegnen, um die Eintragung des Zeichens als Marke nicht insgesamt zu gefährden. Soweit in einzelnen Bundesländern ein nur ungenügender Durchsetzungsgrad erreicht wird, ist dies unschädlich, sofern die durchschnittliche Bekanntheit im gesamten Bundesgebiet den erforderlichen Durchsetzungsgrad erreicht hat und die betreffenden Waren oder Dienstleistungen in diesen Bereichen ohne wesentliche Bedeutung sind.⁷⁵⁴ Allerdings darf eine nur in Teilen des Bundesgebietes festgestellte Verkehrsdurchsetzung nicht auf die übrigen Gebiete hochgerechnet werden.^{755, 756} Dagegen soll es nach dem BGH⁷⁵⁷ möglich sein, eine in einzelnen Gebieten bestehende sehr hohe Bekanntheit insoweit auf die gesamte BRD zu verteilen, als auf den Gesamtbereich bezogen ein noch ausreichender Durchsetzungsgrad erreicht wird. Dies erscheint jedoch angesichts der oben dargestellten Notwendigkeit einer aufgrund Benutzung erzielten Durchsetzung im ganzen Bundesgebiet bedenklich. Schließlich handelte es sich bei der konkreten Fallgestaltung nicht um eine branchenbedingte Besonderheit der Ware, vielmehr wurde die Verkehrsbegutachtung nur in den alten Bundesländern vorgenommen.

Diese Problematik stellt sich besonders bei Dienstleistungsmarken, sofern die Dienstleistung nur in lokal oder regional begrenzten Gebieten angeboten bzw. erbracht wird, ohne dass sich diese örtliche Beschränkung zwingend aus dem Wesen der Dienst-

⁷⁵² Vgl. BPatG vom 30.05.2007, Az.: 26 W (pat) 99/06, Nr. 17 – Weisse Flotte (Rechtsbeschwerde durch den BGH GRUR 2008, 1126 – Weisse Flotte zurückgewiesen), wonach bei einem Transport im Rahmen von Reisen oder Ausflügen auf weißen Fahrgastschiffen, wo dann Dienstleistungen wie Unterhaltung, Verpflegung usw. erbracht werden, es nicht allein auf eine Verkehrsdurchsetzung im Küstenbereich ankommen kann, da angesprochene Verkehrskreise alle potenziellen Schiffsreisenden und Ausflügler, also breiteste Verkehrskreise seien und eine Anmeldung des entsprechenden Zeichens für das gesamte Bundesgebiet daher zurückzuweisen sei.

⁷⁵³ Dabei bedeutet ein Internetauftritt zwar grundsätzlich, aber nicht zwingend, dass ein bundesweiter Markt besteht. Vielmehr kommt es auf die Besonderheiten des Einzelfalles an. Vgl. hierzu OLG WRP 2012, 1427, Nr. 9 (bestätigt durch Zurückweisungsbeschluss des BGH, 20. Juni 2013, Az.: I ZR 170/12), das insofern die Frage eines Marktverhaltens auf dem selben Markt nach dem UWG entschied

⁷⁵⁴ Vgl. BGH GRUR 2004, 331, 332 – Westie-Kopf; BPatG GRUR 2004, 685, 690 – Lotto; Berlit WRP 2002, 636, 637.

⁷⁵⁵ Vgl. BGH GRUR 2004, 331, 332 – Westie-Kopf; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 531.

⁷⁵⁶ In der EU und in Ländern mit unterschiedlichen Sprachgebieten wie etwa der Schweiz kann das Gutachten auf dasjenige Sprachgebiet beschränkt werden, in welchem das Eintragungshindernis auch tatsächlich besteht; vgl. Niedermann/Schneider sic! 2002, 815, 820; EuGH MarkenR 2000, 150, Nr. 27 – Options. Auf Dialekte ist dies nicht übertragbar, da nicht anzunehmen ist, dass ein durch den Dialekt begrenztes Eintragungshindernis besteht.

⁷⁵⁷ Vgl. BGH GRUR 2004, 331, 332 – Westie-Kopf; wonach ein in den alten Bundesländern ermittelter Bekanntheitsgrad von 75,3 % auf das gesamte Bundesgebiet (einschließlich der von den Ermittlungen ausgenommenen Bundesländern) „umzurechnen“ sei, so dass sich ein rein rechnerisches Ergebnis eines Gesamt-Bekanntheitsgrades von 62,4 % ergäbe.

leistung ergibt. Dennoch ist es auch für eine solche Marke erforderlich, sich im gesamten Bundesgebiet durchzusetzen, da auch eine Dienstleistungsmarke im gesamten Geltungsbereich des MarkenG den vollen zeichenrechtlichen Schutz genießen soll.⁷⁵⁸

Aus dem Grundsatz, dass die Verkehrsdurchsetzung für das ganze Bundesgebiet nachzuweisen fordert, folgt jedoch nicht, dass jede noch so kleine Region in die demoskopische Umfrage einzubeziehen ist, während die Repräsentativität bezogen auf die Bevölkerung stets gewährleistet sein muss. Ebenso ist eine korrekte Stadt-Land-Verteilung zu beachten.

Die Meinungsforschungsinstitute haben sich in der Regel eine eigene Interviewerorganisation aufgebaut, die sich entsprechend der Bevölkerungsdichte auf die Regierungsbezirke und Ortsgrößenklassen verteilt. Die Organisation beschäftigt im Allgemeinen zwischen 1.600 und 2.000 Interviewer⁷⁵⁹, die sicherstellen sollen, dass gegebenenfalls zwei zeitgleich erfolgende Umfragen im Bundesgebiet mit je 2.000 Interviews durchführbar sind.

b) Verkehrsdurchsetzung im Ausland

Die Durchsetzung eines Zeichens im Ausland kann allenfalls als ergänzendes Indiz mitberücksichtigt werden, ersetzt aber keinesfalls den erforderlichen Nachweis der Verkehrsdurchsetzung im Inland.⁷⁶⁰ Von einer ausländischen Verkehrsdurchsetzung kann möglicherweise im Einzelfall eine tatsächliche Indizwirkung ausgehen, die unter Umständen Anlass zu weiteren Ermittlungen gibt. Im Ergebnis wird die Indizwirkung einer im Ausland erworbenen Verkehrsdurchsetzung für das inländische Verfahren danach zu beurteilen sein, welches Verfahren dort Anwendung fand und welche vergleichbaren Gesamtumstände das Zeichen im Ausland sonst noch aufweist (Art der Befragung, vergleichbare Absatzzahlen, Marktanteile usw.).

Wegen einer Erstreckung der im Ausland festgestellten Verkehrsdurchsetzung auf das inländische Verfahren kann sich der Anmelder zudem nicht auf Art 6^{quinquies} C PVÜ berufen. Das gilt auch für die in der BRD schutzsuchenden IR-Marken, bei denen es

⁷⁵⁸ Vgl. BPatGE 24, 64, 66 f. – Pfeffer & Salz.

⁷⁵⁹ Das Institut für Demoskopie Allensbach beschäftigt zwischen 1.800 und 2.000 nebenberufliche Interviewer.

⁷⁶⁰ Vgl. BGH GRUR 1974, 777, 778 ff. – LEMONSODA; BPatG GRUR 2000, 147, 148 – rosa Isoliermaterial; BPatG GRUR 1965, 94 BPatGE 5, 44, 47 – Whiskyflasche; für die Gemeinschaftsmarke: HABM GRUR-RR 2001, 211, Nr. 55 – Schootten-Stück.

nicht auf eine Verkehrsdurchsetzung im Land der Ursprungseintragung ankommen kann.⁷⁶¹

Im Ausland verwirklichte Tatbestände vermögen also zumindest mittelbar bei der Prüfung der Verkehrsdurchsetzung Bedeutung zu erlangen, soweit sie Einfluss auf das Ausmaß des beschreibenden Charakters der konkreten Marke⁷⁶² und damit auf den erforderlichen Durchsetzungsnachweis nehmen, sofern eine solche Abhängigkeit angenommen wird. Bei der Frage der Unterscheidungskraft kann allerdings grundsätzlich nur die Verkehrsauffassung im Inland entscheidend sein, wobei jedoch im Zuge des internationalen Handelsverkehrs möglicherweise eine starke Markenbenutzung im Ausland auch die Auffassung des inländischen Publikums zusätzlich beeinflusst.⁷⁶³

10. Die Stichprobe

a) Grundlagen

„*Ein echtes statistisches Problem*“, schreibt Kellerer über Stichprobenuntersuchungen⁷⁶⁴, „*entsteht im Zusammenhang mit folgenden drei Fragen: 1. Wie umfangreich soll die Stichprobe sein? (vgl. hierzu unten unter b)); 2. Wie soll die Auswahl der in die Stichprobe einzubeziehenden Elemente erfolgen? (vgl. hierzu unten unter c)) und 3. Inwieweit kann man sich auf Ergebnisse von Stichproben verlassen, das heißt inwieweit geben sie den wahren Sachverhalt genügend gut wieder? (vgl. hierzu unten unter d)).*“

Eine Befragung des gesamten beteiligten Verkehrskreises ist aus Kosten- und Zeitgründen weder möglich noch erforderlich. Die Idee des repräsentativen Querschnitts versucht ein gleichwertiges verkleinertes Modell der Gesamtgruppe, der sog. Grundgesamtheit, zu erstellen. In diesem Modell sind die zu untersuchenden Ansichten und Antwort-Kategorien in modellgerechtem Anteil vertreten⁷⁶⁵, sofern nach bestimmten Verfahren korrekt zusammengesetzt, die von der mathematischen Statistik und den Sozialwissenschaften entwickelt und erprobt wurden. Es lassen sich dabei prinzipiell zwei

⁷⁶¹ Vgl. BPatG GRUR 1998, 148, 152 – SAINT MORIS/St. Moritz; Ingerl/Rohnke § 8, Rn. 330; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 533.

⁷⁶² Vgl. BGH GRUR 1994, 366, 369 – RIGIDITE II; BGH GRUR 1991, 136, 138 – NEW MAN.

⁷⁶³ Vgl. BPatG GRUR 2000, 147, 148 – rosa Isoliermaterial.

⁷⁶⁴ Vgl. Kellerer S. 110.

⁷⁶⁵ Jedenfalls im Idealfall und mit einer hohen und berechenbaren Wahrscheinlichkeit.

korrekte Methoden zur Auswahl der Auskunftspersonen unterscheiden – das Random-Sample (Zufallsstichprobe) und das Quota-Sample.

Die statistische Hochrechnung und die induktive Statistik ermöglichen einen verlässlichen⁷⁶⁶ Annäherungswert an die Grundgesamtheit⁷⁶⁷. Die Fehlertoleranz quantifiziert die mögliche Abweichung zwischen dem Umfrageergebnis aus einer Stichprobe und dem Ergebnis, das bei einer Befragung sämtlicher Angehöriger des maßgeblichen Verkehrskreises erzielt worden wäre.

Das Stichprobenprinzip ist leichter verständlich, wenn man sich drei Grundregeln verdeutlicht, auf denen die Umfrageforschung beruht.⁷⁶⁸

- Wird aus einer bekannten Urmenge eine Stichprobe gezogen, bei der alle Personen die gleiche Chance haben, ausgewählt zu werden, ist daraus zu schließen, dass die Stichprobe die Merkmale der Urmenge mit einer hohen und berechenbaren Wahrscheinlichkeit in annähernd der gleichen Verteilung enthält. Die Rede ist vom statistischen Inklusionsschluss.
- Bildet eine korrekt gezogene Stichprobe die Verteilung der Merkmale einer bekannten Grundgesamtheit mit großer Genauigkeit ab, ist umgekehrt daraus zu schließen, dass sich auch Merkmale, die in dieser Stichprobe zutage treten und von denen man vorher nicht wusste, in welchem Anteil sie in der Grundgesamtheit vertreten sind, mit einer hohen und berechenbaren Wahrscheinlichkeit in nahezu der gleichen Verteilung wie in der Stichprobe in der Urmenge wiederfinden. Die Rede ist vom statistischen Repräsentationsschluss.
- Ist nun von einer bekannten Urmenge auf eine unbekannte Stichprobe und von einer bekannten Stichprobe auf eine unbekannte Urmenge zu schließen, dann kann auch – wenn auch mit geringerer Wahrscheinlichkeit – von einer bekannten Stichprobe auf eine unbekannte Stichprobe geschlossen werden, sofern beide der gleichen Grundgesamtheit entnommen wurden. Die Rede ist vom statistischen Transponierungsschluss.

⁷⁶⁶ Unter Verlässlichkeit versteht man die Stabilität eines Ergebnisses bei wiederholten Messungen, d.h. die Unabhängigkeit eines Resultats von einem einmaligen Messvorgang bzw. die Reproduzierbarkeit eines Werkes unter den gewählten Bedingungen; vgl. Scheuch in König Bd. 2, S. 134.

⁷⁶⁷ Zum soziologischen Begriff der „Grundgesamtheit“ vgl. von Alemann S. 74.

⁷⁶⁸ Vgl. Noelle-Neumann/Petersen S. 227 ff.

b) Umfang der Stichprobe

Die Größe der Stichprobe richtet sich nach dem Zufallsfehler, der noch zugelassen werden soll. Zufallsfehler in diesem Sinne meint die Ungenauigkeit, die eintritt, wenn sich der repräsentative Querschnitt nicht vollkommen mit der Grundgesamtheit deckt und durch die Stichprobenauswahl eine vom Zufall abhängige Personen- bzw. Meinungs- und Wissensgruppe nicht kongruent zur Grundgesamtheit ausgewählt wurde. Je größer die Stichprobe, desto wahrscheinlicher ist es, dass diese der Grundgesamtheit entspricht. Hieraus lässt sich allerdings nicht folgern, dass jede Vergrößerung der Stichprobe zu einer entsprechend exakteren Aussage führt. Dies liegt zum einen darin begründet, dass mit sich steigender Stichprobengröße die Fehler der Erhebung vervielfältigen. Zum anderen wächst die Exaktheit entsprechend der Formel für die Standardabweichung nur proportional zur Quadratwurzel. Eine Verdopplung der Stichproben von $n=100$ auf $n=200$ entspricht bei gleichem Sicherheitsgrad einer Verringerung der Standardabweichung von $\sqrt{100}$ auf $\sqrt{200}$.⁷⁶⁹

Die Entscheidung für eine bestimmte Stichprobe orientiert sich an pragmatischen Richtgrößen.⁷⁷⁰ Dabei haben sich folgende Werte durchgesetzt:

- 2.000 Personen: repräsentative Stichprobe einer heterogenen, umfangreichen Bevölkerung, angebracht bei einer Untersuchung mit offener Themenstellung, die auch detailliertere Analysen von Teilgruppen erlaubt.
- 1.000 Personen: repräsentative Stichprobe für eine Untersuchung mit spezifischer Themenstellung und verminderter Möglichkeit der Teilgruppenbildung.
- 500 Personen: repräsentative Stichprobe spezifischer (homogener) Grundgesamtheiten (Berufsgruppen, regionale Spezifizierung) mit spezifischer Fragestellung (z. B. Hypothesentest) der Untersuchung.
- 100-200 Personen: repräsentative Stichprobe sehr spezifischer Grundgesamtheiten (einzelne Berufe) mit eingeschränkter, sehr spezifischer Fragestellung, wobei in der Auswertung weitgehend auf Teilgruppenaufgliederung verzichtet werden muss, Pfadanalysen aber gut möglich sind.

⁷⁶⁹ Vgl. Friedrichs S. 145.

⁷⁷⁰ Vgl. von Alemann S. 91.

- Größere Stichproben sind erforderlich, wenn innerhalb der Erhebung Spezialgruppen gesondert zu untersuchen sind und/oder die Fragestellung relativ diffus ist, wenn detaillierte regionale Aufgliederungen nötig sind und für Kontextanalysen Untergruppen aus der Stichprobe gebildet werden sollen.

Die häufig zitierte Größenordnung von 2.000 oder 2.500 Befragten hängt wohl mit Umfrageergebnissen zusammen, die aus Mehrthemenumfragen mit Fallzahlen dieser Größenordnung stammen. Diese Fallzahlen bieten immer noch die Möglichkeit, relativ kleine Verkehrskreise herauszufiltern, sodass eine Untergrenze von 300 Personen meist nicht unterschritten wird.⁷⁷¹ Relevant ist dann selbstverständlich nicht mehr die Ursprungsstichprobengröße, sondern die Anzahl der hieraus gewonnenen Verkehrskreisbeteiligten. Außerdem steht bei dieser Größenordnung der wirtschaftliche Aufwands- und Erkenntnisertrag im Allgemeinen in einem besonders günstigen Verhältnis zueinander.⁷⁷²

Vor der Durchführung einer Umfrage wird die Anzahl der zu befragenden Personen festgelegt. Gelegentlich wird zwar nicht nur in Schriftsätzen, sondern auch in Gerichtsentscheidungen⁷⁷³ beanstandet, die Zahl der Befragten sei nicht ausreichend. So wird ein Befragungsumfang von lediglich 300 Personen beim allgemeinen Publikum nur in seltenen Fällen akzeptiert.⁷⁷⁴ Doch der Umfang einer Stichprobe richtet sich nicht nach allgemeingültigen Vorgaben, sondern ausschließlich nach der Aussagekraft des ermittelten Merkmalanteils. Die Repräsentativität eines Befragungsergebnisses ergibt sich schließlich nur aus diesem Orientierungswert und aus den für diesen konkreten Wert maximalen Abweichungsbereichen. Wird z. B. ein Bekanntheitsgrad von 40 % gefordert, reicht die Ermittlung eines Bekanntheitsgrads von 50 % bei nur 200 Personen aus demoskopischer Sicht aus, weil – je nach angelegtem Sicherheitsgrad – der untere Abweichungsbereich bei 40,0 % bzw. bei 41,8 % liegt.

⁷⁷¹ Vgl. Niedermann/Schneider sic! 2002, 815, 817.

⁷⁷² Vgl. Loschelder/*Pflüger* § 42, Rn. 101.

⁷⁷³ Vgl. BGH GRUR 2009, 954, 957 – Kinder III, wonach eine Rechtsbeschwerde unbegründet sei, wenn kritisiert wird, dass Stichproben von 1.000 bzw. 1.250 Befragten nicht repräsentativ seien; BGH GRUR 1991, 680, 681, Nr. 23 – Porzellanmanufaktur (keine Repräsentativität bei 425 Personen); OLG München NJWE-WettbR 1997, 276 – Anzeigenhinweis (300 Personen kaum ausreichend).

⁷⁷⁴ Vgl. OLG Köln OLGR Köln 1999, 75, vom 18.09.1998, Az.: 6 U 54/98; OLG München NJWE-WettbR 1997, 276 – Anzeigenhinweis, wonach eine Befragung mit einem geringen Befragungsumfang nur zur Grundlage der Entscheidung herangezogen kann, wenn die Befragungsergebnisse eine eindeutige Tendenz erkennen lassen, bzw. davon auszugehen ist, dass auch eine größere Fallzahl keine entscheidungserhebliche Abweichung erwarten lässt. Vgl. auch Dobel S. 126.

Im Rahmen der Verkehrsdurchsetzungsgutachten gilt zur Erreichung aussagekräftiger Demoskopien als Grundregel bei Durchschnittsabnehmern eine Mindestzahl von 1.000 Befragten als ausreichend,⁷⁷⁵ bei Fachkreisen eine Mindestzahl von 200-300 Befragten.⁷⁷⁶

Mehrthemenumfragen richten sich in der Regel an bis zu 2.000 Personen. Weil erfahrungsgemäß nicht alle vorgesehenen Personen erreichbar sind, wird die Zahl der vorgesehenen Interviews etwas höher angesetzt.⁷⁷⁷ Liegt die Annahme zugrunde, lediglich ein geringer Teil der Grundgesamtheit sei verkehrsbeteiligt, ist die Stichprobe am einfachsten dadurch erweiterbar, dass die Befragung in eine weitere „Befragungswelle“ integriert wird. Das ist in der Regel schon bei der Festlegung der Methodik zu beachten, weil Ergebnisse aus zwei oder mehreren Befragungen nicht als gleichwertig eingestuft werden können, wenn zwischen den Befragungen ein größerer zeitlicher Abstand liegt.⁷⁷⁸

Bei einer Spezialumfrage kann die Anzahl der zu befragenden Personen erheblich niedriger liegen als bei einer Mehrthemenumfrage. Die Konkretisierung der Anzahl der zu befragenden Personen kann daran ausgerichtet sein, ob die Umfrage für ein Hauptsacheverfahren oder für ein Eilverfahren bestimmt ist. Richtet sich eine Entscheidung auf einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, kann eine Umfrage als Mittel zur Glaubhaftmachung mit einer relativ geringen Fallzahl ausreichen. Bei Spezialumfragen für Hauptsacheverfahren wird häufig festgelegt, dass ca. 1.000 Personen befragt werden sollen. Für Eilverfahren kann es aber auch genügen, 300 oder sogar noch weniger Personen zu befragen.⁷⁷⁹

Verkehrsdurchsetzungsgutachten im Rahmen der neueren Rechtsprechung gründen ihre Ergebnisse auf eine Befragung von ca. 1.250 Personen.⁷⁸⁰

⁷⁷⁵ Vgl. BGH GRUR 2014, 483, 486, Nr. 38 – test.

⁷⁷⁶ Vgl. BPatG GRUR 2013, 394, 395 f. – Spielwarenmesse (Anzahl von 202 Personen in Fachkreisen nicht kritisiert); Niedermann/Schneider sic! 2002, 815, 817; Niedermann, GRUR 2006, 367, 373; Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 31-33.

⁷⁷⁷ Dies betrifft nur die Random-Methode, weil es bei der Quotenauswahl keine Ausfälle im engeren Sinne gibt.

⁷⁷⁸ Vgl. Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 32.

⁷⁷⁹ Vgl. Eichmann GRUR 1999, 939, 951.

⁷⁸⁰ Vgl. z.B. BGH GRUR 2010, 138, 142, Nr. 54 – ROCHER-Kugel; BGH GRUR 2009, 954, 957, Nr. 31 – Kinder III. Jedoch sind diese Zahlen nicht als allgemeingültig anzusehen: Vgl. etwa BPatG vom 26.01.2009, Az.: 25 W (pat) 8/06 – Jugendherberge (2.400 Personen); BPatG vom 09.12.2008, Az.: 33 W (pat) 85/04 – FAKTEN, FAKTEN, FAKTEN (300 Personen); BPatG Mitt. 2009, 191 – Farbe Lila (999 Personen); BPatG vom 14.07.2009, Az.: 33 W (pat) 121/07 – Keiner bringt Menschen schneller in die eigenen 4 Wände – Schwäbisch Hall (2.000 Personen).

c) *Stichprobenauswahl*

Es lassen sich, wie bereits erwähnt, prinzipiell zwei Methoden zur Auswahl repräsentativer Stichproben bzw. repräsentativer Querschnitte für das verkleinerte Modell der Grundgesamtheit und damit der zu befragenden Personen unterscheiden:

➤ **Random-Methode:**

Bei der Random-Methode oder auch Zufallsstichprobe (gelegentlich auch Probability-Stichprobe nach dem englischen Begriff für Wahrscheinlichkeit) erfolgt die Auswahl der Stichprobe zufällig aus der Grundgesamtheit. Dabei ist jedes Element der Grundgesamtheit, d. h. jeder potenziell maßgebliche Befragte, vertreten und muss grundsätzlich die gleiche Chance haben, befragt zu werden. Zumindest muss die Chance bezifferbar sein, um gegebenenfalls eine adäquate Gewichtung vornehmen zu können.⁷⁸¹

➤ **Quota-Sample:**

Beim Quota-Sample erfolgt die Auswahl mithilfe von Quoten, die dem Interviewer oder dem Meinungsforschungsinstitut vorschreiben, wie viele Personen er bzw. es aus verschiedenen Bevölkerungsgruppen zu befragen hat.

aa) Random-Methode

Grundbedingung für die Random-Methode ist die Zufälligkeit der zu erfolgenden Auswahl, d. h. jedes Element der Grundgesamtheit, also des beteiligten Verkehrskreises, das repräsentiert werden soll, muss eine berechenbare und von Null verschiedene Chance haben, ausgewählt zu werden.⁷⁸² Der Zufallssteuerung obliegt die Aufgabe, jedes subjektive Moment bei der Auswahl zu vermeiden.⁷⁸³ Es gibt vier verschiedene Möglichkeiten, wie eine solche Random-Auswahl erfolgen kann:

Beim einfachen Auswahlverfahren werden die Elemente der Grundgesamtheit in einer in der Regel computergenerierten Liste zusammengefasst und mit Ziffern versehen, die in zufälliger Weise aufeinanderfolgen. Bei der reinen Zufallsauswahl werden aus dieser Kartei die nach dem benötigten Stichprobenumfang festgelegten Stichproben ohne besondere Vorgaben ausgewählt. Beim systematischen Auswahlverfahren erfolgt die Auswahl nach bestimmten Vorgaben. So kann etwa bei einer Grundgesamtheit von

⁷⁸¹ Vgl. Friedrichs S. 136.

⁷⁸² Vgl. Kellerer S. 149.

⁷⁸³ Vgl. Kellerer S. 151.

10.000 Elementen und einem Stichprobenumfang von 1.000 jedes 10. Element ausgewählt werden. Bei einer Gesamtbevölkerungskartei ist auch die Anwendung des Geburtstagsverfahrens möglich, das nur Personen zur Auswahl vorsieht, die an einem bestimmten Tag Geburtstag haben.⁷⁸⁴

Das geschichtete Auswahlverfahren⁷⁸⁵ wird angewandt, wenn die Grundgesamtheit, die man durch eine Stichprobenerhebung untersuchen möchte, wenig homogen ist. In einem solchen Fall werden verschiedene Schichten gebildet, die in sich eine größere Homogenität aufweisen, und trifft die weitere Auswahl dann innerhalb der einzelnen Schichten, um den Streuungsbereich zu verkleinern. Dies entspricht der Einführung eines Elements der Quotenauswahl in das Random-Verfahren, da die Auswahl der Schichtungen bewusst erfolgt. Innerhalb des Auswahlverfahrens wird wiederum zwischen der proportional geschichteten⁷⁸⁶ und der disproportional geschichteten Auswahl⁷⁸⁷ differenziert.

Nicht immer ist es möglich, direkt an die gewünschte Aussage- und/oder Untersuchungseinheit zu gelangen. In solchen Fällen kann eine mehrstufige Auswahl erfolgen. Die Stufen entsprechen jeweils Einheiten der Grundgesamtheit, wobei jede Stufe die nächste Stufe enthält. Dieses Verfahren kommt häufig dann zum Einsatz, wenn die Grundgesamtheit stark verstreut lokalisiert ist, wie etwa die Bevölkerung der BRD. Aus ihr lassen sich Zufallsauswahlen auf jeder der folgenden Stufen vornehmen: Bundesländer – Regierungsbezirke – Kreise – Orte/Gemeinden – Wohnhäuser – Personen. Die Ungenauigkeit rückbezüglich der Grundgesamtheit steigt mit der Zahl der Stufen. Ein weiterer Nachteil des mehrstufigen Auswahlverfahrens besteht darin, dass zwar jeder Haushalt die gleiche Chance hat, in die Stichprobe zu gelangen, nicht aber jede Person. So hätte ein Bürger, der in einem Mehrpersonenhaushalt wohnt, eine geringere Chance, befragt zu werden, als jemand, der alleine lebt.⁷⁸⁸

⁷⁸⁴ Vgl. Noelle-Neumann/Petersen S. 239 f.

⁷⁸⁵ Vgl. das Beispiel bei Noelle-Neumann/Petersen S. 240 f.

⁷⁸⁶ Dies ist der Fall, wenn jeder potenziell in Frage kommende Befragte die gleiche Chance hat, ausgewählt zu werden, indem die Größe der einzelnen Stichproben im Verhältnis zur Gesamtzahl der Befragten dem Anteil der potenziell Befragten in der jeweiligen Schicht an der Grundgesamtheit entspricht.

⁷⁸⁷ Dies ist der Fall, wenn man einen übergroßen Anteil der getätigten Schichtung in die Stichprobe aufnimmt.

⁷⁸⁸ Vgl. Noelle-Neumann/Petersen S. 244. Dies liegt vor allem daran, dass manche Personen-, Alters- und Berufsgruppen öfters daheim sind und auch innerhalb der Familie es Personen gibt, die vorrangig die Tür zu öffnen pflegen.

Bilden die Haushalte die Elemente der vorletzten Auswahlstufe und Individuen die Untersuchungseinheit, finden für gewöhnlich Tabellen mit Zufallszahlen Verwendung, die nach der Auflistung aller im Haushalt lebenden potenziellen Befragten angeben, welche Person im Haushalt zu befragen ist. Ein solches Vorgehen mittels dieser Tabellen wird als „Schwedenschlüssel“⁷⁸⁹ oder „Kish selection grid“⁷⁹⁰ bezeichnet. Die Auswahl erfolgt in Abhängigkeit von der Größe des Haushalts und dem Alter der Haushaltsmitglieder. Die Interviewer erhalten Tabellen mit Zufallszahlen, die nach Auflistung aller im Haushalt lebenden potenziellen Befragten angeben, welche Person zu interviewen ist. Enthält eine Tabelle beispielsweise für die verschiedenen Haushaltsgrößen von einer bis zu sechs Personen folgende zufallsgenerierte Zahlen (1-1-2-2-3-3), bedeutet die erste Zahl, dass der Erwachsene Nummer 1 in einem Haushalt mit einem Erwachsenen auszuwählen ist; die zweite Zahl, dass der Erwachsene Nummer 1 in einem Haushalt mit zwei Erwachsenen auszuwählen ist; die dritte Zahl, dass der Erwachsene Nummer 2 in einem Haushalt mit drei Erwachsenen auszuwählen ist usw. Die Reihenfolge, nach der die Auswahl der konkreten Befragungsperson erfolgt, richtet sich z. B. nach Alter und/oder Geschlecht der Haushaltsmitglieder ab 16 Jahren. Die Interviewer erhalten allerdings Tabellen mit unterschiedlichen Zufallszahlen und müssen die sich aus der Tabelle ergebende Anleitung strikt befolgen. Die Verwendung der Tabellen soll garantieren, dass jede Person im Haushalt dieselbe Chance besitzt, in die Stichprobe zu gelangen; die Auswahl der jeweils zuerst angetroffenen Person riefte hingegen, wie bereits erwähnt, systematische Verzerrungen hervor.⁷⁹¹

Eine andere Methode zur Individualisierung der Befragungspersonen in Mehrpersonenhaushalten stellt die „Geburtstagsmethode“ dar.⁷⁹² Bei der Geburtstagsmethode wird nach der ersten Kontaktaufnahme gefragt, wer von den zur Zielgruppe gehörigen Personen im Haushalt als letzter Geburtstag hatte („Last-Birthday-Methode,“) oder als nächstes Geburtstag haben wird („Next-Birthday-Methode“).⁷⁹³ Denkbar ist auch, die Person

⁷⁸⁹ Der Begriff Schwedenschlüssel geht auf den Mediaforscher Herrmann Wolff zurück, der das Stichwort „Schweden“ aus den Ausführungen von Elmo Wilson aus dem Jahre 1950, der in einer Abhandlung über Auswahlverfahren anhand schwedischer Beispiele referierte.

⁷⁹⁰ Nach Leslie Kish „A Procedure for Objective Respondent Selection within the Household“, in: *Journal of the American Statistical Association* 44 (1949); 380-387 und in „*Survey Sampling*“, New York, 1965.

⁷⁹¹ Vgl. Schnell/Hill/Esser S. 278 f.

⁷⁹² Vgl. Schnell/Hill/Esser S. 284, 359.

⁷⁹³ Vgl. Schnell/Hill/Esser S. 284, 359.

auszuwählen, deren Geburtstag (der Tag im Monat) die niedrigste Zahl zwischen 1 und 31 ist.⁷⁹⁴

Das Klumpen-Auswahlverfahren oder auch Cluster-Sample wird durchgeführt, wenn keine Liste der Elemente der Grundgesamtheit vorhanden ist, wohl aber eine Liste der zusammengefassten Elemente. Darüber hinaus kommt das Klumpen-Auswahlverfahren zur Anwendung, wenn eine geschichtete Auswahl bzw. eine einfache Zufallsstichprobe zu aufwendig wäre, z.B. weil die Kosten und der Zeitaufwand der Erhebung wegen der Entfernung zwischen den Elementen zu hoch werden.⁷⁹⁵ Das Klumpen-Verfahren stellt eine einfache Zufallsstichprobe dar. Die Grundgesamtheit wird dazu in Klumpen (Cluster) eingeteilt. Auf jeden dieser Klumpen, der die Grundgesamtheit angemessen abbildet, kommen dann die Auswahlregeln zur Anwendung.⁷⁹⁶ Bei persönlichen Interviews über die Bekanntheit eines Zeichens werden beispielsweise repräsentative, regional begrenzte Cluster gebildet und die Ergebnisse auf die Gesamtbevölkerung hochgerechnet. Unterscheiden sich die Cluster jedoch sehr stark und sind die Elemente innerhalb dieser Cluster aber sehr ähnlich, so werden die Ergebnisse im Vergleich zu einer einfachen Zufallsstichprobe ungenau. Diesen Effekt bezeichnet man als Klumpeneffekt.⁷⁹⁷ Die relative Ungenauigkeit wird geringer, je homogener das Cluster und je mehr Elemente sich in einem Cluster befinden.⁷⁹⁸

Auch die Gebiets- oder Flächenstichprobe stellt ein mehrstufiges Verfahren der Wahrscheinlichkeitsauswahl dar. Auswahlseinheiten sind hierbei Gebietsteile wie Blocks und Wohnungen. Die grundlegende Überlegung besteht darin, ein Gebiet in gleiche Flächenstücke einzuteilen, aus jedem Gebiet eine Wahrscheinlichkeitsauswahl von Untereinheiten zu ziehen (Bezirke; Regionen), aus diesen eine Auswahl von Straßen oder Häuserblocks zu treffen, dann den Interviewern anhand von Zufallszahlen vorzugeben, in jeder Straße den x-ten Block und/oder die x-te Wohnung im Block als Zieladresse zu wählen. Diesem Verfahren ähnelt das Random-Route- oder auch Random-Walk-

⁷⁹⁴ Nach Noelle-Neumann/Petersen S. 243, Fn. 26 erscheint der Schwedenschlüssel nur auf den ersten Blick besonders exakt zu sein, provoziert jedoch Fälschungen, weil die umständlichen Anweisungen von den Interviewern (und den Befragten) als lästig empfunden würden und ihre Einhaltung kaum kontrolliert werden könne. Das einfachere und eher spielerisch wirkende Geburtstagsprinzip erfülle denselben Zweck und eigne sich wesentlich besser als Gesprächseröffnung. Dem wiederum kann entgegengehalten werden, dass bei der Geburtstagsauswahlmethode der Anteil der fehlerhaft ausgewählten Personen in einem Haushalt mit mehr als einer Person zwischen 10 % und 30 % liegt, was kaum relevante Effekte für die meisten Fragestellungen hat (vgl. Schnell/Hill/Esser S. 359).

⁷⁹⁵ Vgl. Schnell/Hill/Esser S. 273.

⁷⁹⁶ Vgl. Schnell/Hill/Esser S. 272 f.

⁷⁹⁷ Vgl. Schnell/Hill/Esser S. 273.

⁷⁹⁸ Vgl. Schnell/Hill/Esser S. 273.

Verfahren. Hier wird zunächst nach dem Zufallsprinzip der Ausgangspunkt der Befragung bestimmt (z. B. die Straße). Von diesem Ausgangspunkt muss der Interviewer einem bestimmten Schema wie dem gerade dargestellten folgen. Als nachteilig an dieser Methode ergibt sich die Abgrenzung der Grundgesamtheit: Manche Gebäude sind Wohnhäuser, andere Geschäftshäuser oder Fabriken. Der Zufallscharakter dieses Verfahrens ist daher umstritten. Auf der anderen Seite ermöglicht dieses Vorgehen eine Untersuchung, die listenunabhängig ist, aufgrund ihrer Aktualität die Fluktuation in den Einheiten berücksichtigt sowie – bedingt durch die Konzentration der Feldarbeit – zeit- und kostensparend ist.

Bei einer mehrschichtigen Wahrscheinlichkeitsauswahl, die das gesamte Bundesgebiet betrifft, findet in der Praxis oftmals das ADM-Mastersample oder auch ADM-Design⁷⁹⁹ Verwendung. Es handelt sich hierbei um einen „Vorrat“ an Auswahlmöglichkeiten für eine dreischichtige Zufallsprobe, den verschiedene Institute gemeinsam erarbeitet haben, um den organisatorischen und finanziellen Aufwand zu reduzieren. Basis dieses Datenpools bildeten die Bundestagstimmbezirke der Bundestagswahl von 1976. Er enthält für alle Stimmbezirke folgende Informationen: statistische Gemeindekennziffern (Bundesland, Regierungsbezirk, Landkreis, Gemeinde), Postleitzahlen, Gemeindennamen, Stadtteilnummern, Einwohner, Einwohner in Zone 1/2/3 der zugehörigen Boustedt-Region⁸⁰⁰, Gemeindegröße (politisch, nach Boustedt), Boustedt-Regionen (Großstädte mit Umland – flächendeckend), Boustedt-Zonen (Stadtkern, verstärkte Zone, Umland).⁸⁰¹ Heute besteht das Mastersample aus den über 80.000 Wahlbezirken der BRD, die aufgrund ihrer zum Teil geringen Größe auch zu Sample Points mit mindestens 400 Wahlberechtigten zusammengefasst werden. Ein Grund für die Entwicklung des ADM-Designs bestand auch darin, dass die Ziehung von Gemeindestichproben nur schwer zu realisieren ist. Auf der ersten Stufe der Stichprobenauswahl wird eine Gebietsauswahl getroffen, und zwar aus den Stimmbezirken der BRD. Je größer der

⁷⁹⁹ ADM ist die Abkürzung für den Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V.; vgl. zur Stichprobenziehung nach dem ADM-Stichproben-System auch Gabler/*ADM* S. 188 ff.

⁸⁰⁰ Der Name Boustedt stammt vom Vorsitzenden des Ausschusses "Raum und Bevölkerung" der Akademie für Raumforschung und Landesplanung D. Olaf Boustedt, der für die Schichtung nach Gemeindegrößenklassen und Verstädterungszonen verantwortlich war.

⁸⁰¹ Es erfolgte im Laufe der Zeit eine kontinuierliche Boustedt-Revision durch BIK Aschpurwis und Behrens (<http://www.bik-gmbh.de/index.html>), vgl. Gabler/*Behrens* S. 31 ff. zur Boustedt-Revision und 33 ff. zu den BIK Modellen. Die neuen Stadtregionen heißen daher auch BIK-Regionen und umfassen auch Daten wie die Anzahl der Haushalte in den Gemeinden, Anzahl der Wahlberechtigten im Stimmbezirk, Anzahl der Haushalte im Stimmbezirk, Strukturdaten aus der Volkszählung (Deutsche/Ausländer, evangelisch/katholisch, überwiegender Lebensunterhalt).

Bezirk, desto größer ist auch die Auswahlwahrscheinlichkeit (PPS-Design = probabilities proportional to size).⁸⁰² Nach der Auswahl der Bezirke folgt auf der zweiten Stufe nach der Random-Route-Methode die Auswahl jeweils der gleichen Anzahl von Haushalten (EPSEM-Stichprobe = equal probability selection method). Auf der dritten Auswahlstufe wird letztlich mithilfe des Schwedenschlüssels oder der Geburtstagsmethode aus den ausgewählten Haushalten eine Befragungsperson bestimmt.

bb) Quotenstichproben

Die Quotenstichprobe oder das Quota-Verfahren stellt eine spezielle Form der bewussten Auswahl dar.⁸⁰³ Die Bezeichnung Quoten-Sample beruht auf der Vorgehensweise, dass im Voraus die Proportionen für wesentliche Merkmale in der Gesamtheit als „Quoten“ vorgegeben werden. Erst innerhalb dieser Quoten besitzt der Interviewer die freie Wahl zwischen den verschiedenen Untersuchungsobjekten. Die Quote kann dabei das Verhältnis des Geschlechts, des Alters, des Berufs usw.⁸⁰⁴ betreffen. Die Quoten entsprechen den Proportionen der Grundgesamtheit, die anhand von Daten der amtlichen Statistiken oder von bereits durchgeführten Repräsentativerhebungen ermittelt wurden. Unabdingbare Voraussetzung für die Repräsentativität der Befragung sind verlässliche und aktuelle Unterlagen bzw. Statistiken, da die Auswahl der Befragten andernfalls irreparabel verzerrt würde. Die richtige Verteilung auf Ortsgrößen, Länder oder Regierungsbezirke ergibt sich in der Regel aus der Zahl der Aufträge an die Interviewer in den verschiedenen Gebieten und in den verschiedenen Ortsgrößen.⁸⁰⁵

Für Verkehrskreise, die allein oder zusätzlich nach Besitz- und/oder Verhaltensmerkmalen definiert sind, liefern die amtlichen Statistiken wenig oder überhaupt keine Anhaltspunkte, denen gem. eine entsprechende Quote festgesetzt werden kann. In solch einem Fall werden andere, auf großen Stichproben privater Auftraggeber beruhende Reichweite- und Strukturdaten herangezogen, z. B. die Allensbacher Markt- und Werbeträger-Analyse (AWA)^{806, 807} oder die Media-Analyse (MA) der Arbeitsgemeinschaft

⁸⁰² Der Ausgleich der Wahrscheinlichkeiten erfolgt durch die Gewichtung.

⁸⁰³ Vgl. Schnell/Hill/Esser S. 294.

⁸⁰⁴ Je nach Themenstellung treten dazu auch noch die Merkmale Konfession, Schulbildung, Familienstand, Kinderzahl, politische Einstellung. Eine zusätzliche Quotierung von Befragungsort und Befragungszeit erschiene besonders wirksam für die Einschränkung des Interviewer-Spielraums (vgl. Böltken S. 385; Schnell/Hill/Esser S. 294 f.).

⁸⁰⁵ Beispiel für einen Quotenplan in Böltken S. 379.

⁸⁰⁶ Dabei handelt es sich um Markt- und Mediastudien, um den Werbepreis in bestimmten Segmenten zu kalkulieren. Die Analyse bezieht sich auf zahlreiche durchgeführte Umfragen, die in dieser Auflistung gesammelt werden. Hierdurch wird die Struktur bestimmter Personengruppen gut erkennbar,

Media-Analyse (AG.MA). Die Interviewer werden dann aufgefordert, in ihrem näheren Umfeld Örtlichkeiten bzw. Personen aufzusuchen, um die Befragungen nach der vorgegebenen Quotenstruktur durchzuführen.⁸⁰⁸ Die Interviewer haben aufgrund von anderen Befragungen möglicherweise schon Personen in einer Liste aufgenommen, auf welche die Vorgaben zutreffen, und können auf diese zurückgreifen.

Je größer der Umfang der Quotenstichprobe und je detaillierter die Quotenvorgaben, desto größer ist die Chance, auch nicht quotierte Merkmale und die Verteilung innerhalb einzelner Gruppen richtig abzubilden. Auf der anderen Seite gestaltet sich die Aufgabe für den Interviewer, die richtige Befragungsperson zu finden, umso schwerer, je detaillierter die Quotenvorgaben ausfallen. Allgemein sind bei einer geringeren Gesamtfallzahl auch weniger Quotenmerkmale zu postulieren. So ist bei einer Befragungszahl von 300 Personen allenfalls nach drei (entsprechend groben) Altersgruppen zu quotieren und auch nicht nach sämtlichen, z. T. kleineren Bundesländern zu unterscheiden, sondern lediglich nach größeren Regionen.

Die Bestimmung der in eine Erhebung einzubeziehenden Einheiten beruht auf einer Ermessensentscheidung, die üblicherweise im Stadium der Feldarbeit die Erhebungssubjekte – meist die Interviewer – treffen. Die Repräsentanz in den übrigen, nicht durch die Quote gesteuerten Merkmalen wird folglich erreicht, indem sich die Interviewer bei ihrem Bemühen, die vorgegebene Quote zu erfüllen, praktisch zu einer Zufallsauswahl von Befragten veranlasst sehen.⁸⁰⁹

cc) Pro und Contra

Theoretiker haben dem in der kommerziellen Praxis häufig praktizierten Quoten-Verfahren immer wieder entgegengehalten, letztlich keine Zufallsauswahl zu treffen, weshalb der Stichprobenfehler daher nicht abgeschätzt werden könne.⁸¹⁰ Dem wird von den Verfechtern dieser Technik entgegengehalten, die Bewährung in der Praxis beweise trotz dieses Mangels die Tauglichkeit des Quoten-Verfahrens und es sei unter bestimm-

woraus eine Quotierung vorgenommen werden kann, z.B. Zahl der Golfer in der Gesellschaft, deren Alters- und Geschlechtsstruktur.

⁸⁰⁷ Vgl. BPatG GRUR 2013, 388, 392 – test, wonach sich das Gericht auch auf die AWA im Hinblick auf den Bekanntheitsgrad einer Zeitschrift stützte.

⁸⁰⁸ Das Institut für Demoskopie Allensbach geht bis auf eventuell telefonisch durchgeführte Interviews ausschließlich nach dem Quoten-Verfahren vor.

⁸⁰⁹ An welche Bedingungen dieser Vorgang geknüpft ist, vgl. Noelle-Neumann/Petersen S. 278 f.

⁸¹⁰ Böltken S. 376, 385 ff.

ten Bedingungen praktisch einer geschichteten Wahrscheinlichkeitsauswahl gleichzusetzen.

Der subjektive Einfluss der Interviewer bei der Auswahl der Befragungspersonen ist laut den Kritikern nur beschränkt nachvollziehbar bzw. kontrollierbar. Die Verfechter des Quoten-Samples bringen jedoch vor, das Ermessen des Interviewers bei der Auswahl der Befragten werde durch die Spezifizierung notwendiger Eigenschaften der erhobenen Fälle eingeengt, was einem willkürlichen Verhalten des Interviewers entgegenwirke. Dennoch verbleibt stets ein dem Quoten-Sample inhärenter Freiraum für die Auswahl durch den Interviewer. So werden etwa im Rahmen des Quotenverfahrens in der Regel die Adressen der Befragten nicht aufgenommen, um die Kooperationswilligkeit nicht durch die Furcht vor Anonymitätsverletzungen zu gefährden. Diese Praxis macht nachträgliche Kontrollen, abgesehen von der Hinzuziehung externer Daten nach Abschluss der Erhebung, kaum möglich. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass der Interviewer die Auswahl unter dem Gesichtspunkt der leichtesten Erreichbarkeit⁸¹¹ treffen könnte. Bleiben zum Ende der Befragung noch Personen „übrig“, fördert dies Interviewfälschungen, da der Interviewer, sofern die befragte Person dem Schema nicht entspricht, solange suchen und angefangene Interviews abbrechen könnte, bis er die gewünschte Person gefunden hat.⁸¹² Auch dies mindert die Repräsentanz der Umfrage.

Als weiteres Problem stellt sich heraus, dass die Quotierungsmerkmale zur Sicherung generalisierbarer Ergebnisse zum Erhebungsmerkmal korrelieren müssten. Vor allem bei Mehrthemenumfragen ist dies jedoch nur schwer zu erreichen, da üblicherweise nur leicht erkennbare demografische Merkmale als Quotierungsmerkmale herangezogen werden können⁸¹³ und die der Quotierung zugrunde liegenden statistischen Erhebungen nur beschränkt vorliegen. Dies gefährdet vor allem die repräsentative Vertretung von Untergruppen der Grundgesamtheit.

Ein Vorteil des Quoten-Samples besteht dagegen in der kostengünstigeren⁸¹⁴ und schnelleren Durchführbarkeit von Umfragen im Vergleich zur Wahrscheinlichkeitsaus-

⁸¹¹ Dies bedeutet, dass der Interviewer die Befragung etwa an Plätzen mit hoher Passantenzahl durchführt und damit Wohnungen vernachlässigt, wodurch der mobilere Teil der Grundgesamtheit überrepräsentiert wird; vgl. Böltken S. 385 f.

⁸¹² Vgl. zu den Nachteilen des Quoten-Verfahrens auch Friedrichs S. 135.

⁸¹³ Vgl. Böltken S. 384.

⁸¹⁴ Allerdings lässt sich nicht exakt angeben, wie groß die Relation zu einer vergleichbaren Wahrscheinlichkeitsauswahl als Bezugspunkt nun wirklich ist; vgl. Scheuch in König Bd. 3a, S. 19.

wahl, weshalb es die kommerzielle Forschung wohl auch vorzieht.⁸¹⁵ Das Quoten-Verfahren eignet sich demnach besonders für Forschungsvorhaben, die ad hoc und kurzfristig abzuwickeln sind. In vielen Bereichen hat es sich zudem auch empirisch bewährt. So kommt es z. B. für Randverteilungen, für Themenstellungen, bei denen schon tiefer gehende Erkenntnisse bezüglich der entscheidenden Variablen vorliegen, bei Trend- und Routineuntersuchungen sowie generell bei der Feststellung relativ grober Proportionen und Durchschnittswerte zum Einsatz. Vorsicht ist dagegen bei relativ ungeklärten Forschungsgegenständen und bei geplanter weitreichender Aufgliederung des Datenmaterials geboten.⁸¹⁶

Als Fazit ergibt sich, dass es angesichts der Fehlermöglichkeiten, die ein sozialwissenschaftliches Forschungsergebnis beeinflussen, reinem Dogmatismus gleichkäme, sich dem einen oder anderen Auswahlverfahren generell zu verschließen. Dennoch ist die Wahrscheinlichkeitsauswahl den meisten soziologischen Erhebungen theoretisch ohne Zweifel angemessener, da sie vor allem weniger Kenntnisse bezüglich der Struktur der Grundgesamtheit voraussetzt und nach objektiven Kriterien die Gefahr systematischer Verzerrungen reduziert.

Eine negative oder positive Auswirkung auf die Repräsentanz des Gutachtens geht mit der Wahl des Verfahrens nicht einher. Beide Verfahren sind in dieser Beziehung als gleichwertig anzusehen.

dd) Auswahlverfahren bei Gutachten über die Verkehrsdurchsetzung

Die mathematisch gesteuerte Zufallsauswahl kommt in der Praxis in ihrer reinen Form hauptsächlich dort zum Einsatz, wo es der spezielle Untersuchungszweck verlangt, dass die Erhebung auch noch innerhalb kleinerer Zahlen verhältnismäßig exakt ist, worauf es bei der Feststellung der Zurechnung und Markenkenntnis innerhalb der weit gefassten Gruppe der „beteiligten Verkehrskreise“ gerade nicht ankommt.⁸¹⁷ Bedenklich erscheint dabei allerdings, dass es sich bei den beteiligten Verkehrskreisen nicht immer um eine weit gefasste Gruppierung handelt und folglich sehr wohl auch die Exaktheit maßgeblich ist.

⁸¹⁵ Nur ein angeblicher Vorteil ist das Fehlen von Ausfällen ursprünglich ausgewählter Personen (vgl. Kap. E.I.10.c)). Denn beim Quoten-Verfahren werden diese Ausfälle nämlich nur nicht registriert, d.h. in ihren Auswirkungen nicht kontrolliert, vgl. Scheuch in König Bd. 3a, S. 19. Ausführlich hierzu auch Böltken S. 387 ff.

⁸¹⁶ Vgl. Böltken S. 189.

⁸¹⁷ Vgl. von der Osten S. 127.

Im Verkehrsdurchsetzungsverfahren favorisiert jedes der demoskopischen Institute ein bestimmtes Stichprobenverfahren. So wendet das Institut für Demoskopie Allensbach beinahe ausschließlich das Quotenverfahren an, während TNS auf das Random-Verfahren abstellt. Die Demoskopen haben bisher keinerlei Erfahrungen dahingehend gemacht, dass das Gutachten aufgrund der konkret vorgenommenen Stichprobenauswahl vom DPMA oder den Gerichten zurückgewiesen worden sei.

Ausschließlich angezeigt kann das Quoten-Verfahren sein, wenn aufgrund früherer Erhebungen oder besonderer Erkenntnisse prozentual im Vergleich zur Gesamtbevölkerung von einem sehr geringen beteiligten Verkehrskreis auszugehen ist. Bei einem angenommenen Anteil von beispielsweise 5 % der Gesamtbevölkerung wären nach der Random-Methode 6.000 Personen aufzusuchen, um einen statistisch zu erwartenden einschlägigen Personenkreis von 300 zum beteiligten Verkehrskreis zugehörigen Personen ausfindig zu machen. Es muss jedoch die Voraussetzung gewährleistet sein, dass die Struktur der Grundgesamtheit aus verlässlichen Quellen bekannt ist. Anderenfalls ist das Random-Verfahren von Vorteil.

Kann das Gutachten durch eine Telefon- oder Online-Umfrage durchgeführt werden, kommt dagegen ausschließlich das Random-Verfahren zur Anwendung.

d) Die Genauigkeit von Stichproben

Die Genauigkeit von demoskopischen Gutachten definiert sich über die Gültigkeit (validity) und Verlässlichkeit (reliability)⁸¹⁸ der Ergebnisse.⁸¹⁹ Die Gültigkeit stellt die materielle Seite dar und besteht in der Eigenschaft eines Ergebnisses, auch das wiederzugeben, was ihm bei seiner Interpretation wiederzugeben zugeschrieben wird. Einfacher ausgedrückt: Wird gemessen, was auch gemessen werden soll?⁸²⁰ Die Voraussetzung ist immer dann erfüllt, wenn die zur Operationalisierung herangezogenen Fragebogenitems⁸²¹ auch tatsächlich als perfekte Übersetzung der ihnen zugrunde liegenden Problemfragen gelten. Ungültige Ergebnisse sind häufig auf eine ungeeignete Anlage

⁸¹⁸ Vgl. z.B. Scheuch in König Bd. 2, S. 134 ff.; Müller S. 108; von Alemann S. 85 ff.

⁸¹⁹ Noelle-Neumann/Petersen S. 444 f. gliedern noch weiter auf. So führen Sie auch die „precision“ an, die die Genauigkeit, Treffsicherheit des Erhebungsinstruments und die Genauigkeit der Arbeitsweise des an der Erhebung beteiligten Personals umfassen soll, sowie die accuracy, womit die statistische Genauigkeit des Ergebnisses, die Größe der statistischen Fehlerspanne gemeint ist.

⁸²⁰ Vgl. von Alemann S. 85; Noelle-Neumann/Petersen S. 445.

⁸²¹ Als Item bezeichnet man eines von mehreren Merkmalen einer Untersuchungseinheit.

der Verkehrsbefragung zurückzuführen.⁸²² Hingegen soll die formale Seite, die Verlässlichkeit, die Stabilität eines Ergebnisses bei wiederholten Messungen bzw. die Unabhängigkeit eines Resultats von einem einmaligen Messvorgang und somit die Reproduzierbarkeit eines Wertes unter den gewählten Versuchsbedingungen beinhalten.⁸²³ Die Verlässlichkeit hängt im Wesentlichen von der Qualität des Auswahlverfahrens und dem Ausmaß des Stichprobenfehlers ab.⁸²⁴

Der Grad der Genauigkeit empirischer Messergebnisse hängt ab vom Gesamtfehler, dem Zusammenspiel aller Fehler und Unzulänglichkeiten.⁸²⁵ Ein völlig neutrales und exaktes Erhebungsinstrument wird es in der Demoskopie niemals geben. Müller⁸²⁶ bezeichnet dies in Anlehnung an die Physik als Unschärferelation der Demoskopie.

Die Demoskopie hat eine Reihe von Faustregeln zusammengetragen, um die Verlässlichkeit empirischer Untersuchungen zu erhöhen.⁸²⁷ Für ein demoskopisches Gutachten im Fall eines Verkehrsdurchsetzungsnachweises sind diese Angaben jedoch nur bedingt hilfreich, um die Verlässlichkeit zu steigern, da die Befragung einem strengen Schema folgt und nur bestimmte Sachverhalte – eben die Bekanntheit von Zeichen als Herkunftshinweis – umfasst. So geht daraus etwa hervor, dass bei kürzerem Zeitabstand zwischen dem Ereignis und dem zugehörigen Bericht die Übereinstimmungen umso enger werden. Darüber hinaus sind subjektiv erlebte und mit einem angenehmen Einschlag verbundene Ereignisse besser geeignet, neutrale Ergebnisse zu erzielen. Zudem kann von der Genauigkeit des einzelnen Falls (Nettoverlässlichkeit) nicht auf die Verlässlichkeit von Verteilungen insgesamt geschlossen werden.⁸²⁸ Aus den Faustregeln ist

⁸²² Vgl. Dobel S. 118.

⁸²³ Beide Eigenschaften können bei Umfragen offensichtlich auseinander fallen: Ein Befragter mag in wiederholten Interviews immer wieder die Antworten geben, er besuche jeden Sonntag die Kirche (d.h. die Antwort ist verlässlich), ohne je die Kirche zu besuchen (d.h. die Antwort ist nicht gültig); Beispiel von Scheuch in König Bd. 2, S. 164, Fn. 74.

⁸²⁴ Vgl. Dobel S. 118.

⁸²⁵ Vgl. Neubäumer S. 28.

⁸²⁶ Vgl. Müller S. 108.

⁸²⁷ Vgl. Scheuch in König Bd. 2, S. 137 f.

⁸²⁸ Scheuch in König Bd. 2, S. 137 f. hat in seinen Ausführungen elf dieser Erkenntnisse aufgeführt – die folgendermaßen klassifiziert werden können: Einerseits solche, die negative Folgen für die Verlässlichkeit haben: 1. Die Lage des Befragten in Bezug auf das Untersuchungsmerkmal ändert sich; 2. Längerer zeitlicher Abstand; 3. Ungleiche Situationen der Datenermittlung; 4. Angaben zu unangenehmen Ereignissen und v.a. neutrale Ereignisse; 5. Kein Zusammenhang zu subjektiv erfahrenen oder prinzipiell von Dritten beobachtbaren Sachverhalten; 6. Quantitative Merkmale (Häufigkeit) im Gegensatz zu qualitativen (Ereignisse); 7. Geringe emotionale Besetzung; 8. Marginale Situation des Befragten (z.B. niedrige Schulbildung). Andererseits bestimmte Zusammenhänge aufweisen: 1. Verzerrungen von Angaben über die Vergangenheit gehen in die gleiche Richtung wie tatsächlich erfolgte Veränderungen; 2. Auch die dahingehende Größenordnung ist proportional; 3. Die Bruttoverlässlichkeit liegt sehr viel höher als die Nettoverlässlichkeit und gibt keinerlei Aufschluss über letztere.

daher allenfalls zu folgern, wie fragwürdig eine Rückberechnung sein kann und wie wichtig ein gut ausgebildeter Interviewerstab ist, aber andererseits auch, dass die verbleibenden Unsicherheiten nicht exakt quantifizierbar sind.⁸²⁹

Im Allgemeinen wiegt innerhalb der Umfrageforschung das Gültigkeitsproblem für gewöhnlich besonders schwer. Scheuch⁸³⁰ konkretisierte auch an dieser Stelle auf empirischen Erkenntnissen aufbauende Regeln. Im Verkehrsdurchsetzungsverfahren wirkt sich die Gültigkeitsproblematik dagegen nicht derart gravierend aus, da nach der Umfrageforschung der Grad der Gültigkeit vor allem vom Gegenstand der Frage abhängt. Demnach weist folgende Reihenfolge eine abnehmende Gültigkeit auf: Tatsachenfragen, Beurteilungsfragen, Einstellungsfragen, Meinungsfragen. Die Frage nach der Verkehrsdurchsetzung von Zeichen zielt bei den Befragten jedoch auf die Widerspiegelung bereits vorhandenen Wissens – d. h., ob der Befragte das Zeichen als Unternehmenshinweis wiedererkennt. Demnach ist im Hinblick auf den Gültigkeitsgrad von Verkehrsbefragungen zur Verkehrsdurchsetzung sicher auch zwischen dem bekannten und unbekannten Zeichen zu differenzieren. Je bekannter ein Zeichen im Verkehr, desto größer ist der Anteil derjenigen, die die Frage aufgrund von Wissen und Erfahrung beantworten. Je unbekannter ein Zeichen ist, desto größer ist bei korrekter Beantwortung der Rateeffekt.

Die Konfusionsrate ist bei unbekannten Zeichen folglich größer als bei bekannten. Der Grad der Gültigkeit eines demoskopischen Gutachtens steigt demnach mit dem Grad der Verkehrsgeltung.⁸³¹ Da bei der Verkehrsdurchsetzungsprüfung ohnehin ein hoher Grad vorliegen muss und die Prüfung nur durchgeführt wird, wenn entsprechende Umstände eine Verkehrsdurchsetzung nicht als aussichtslos erscheinen lassen, ist bei

⁸²⁹ Vgl. Müller, S. 111.

⁸³⁰ Faustregeln zur Gültigkeit, vgl. Scheuch in König Bd. 2, S. 143 f.: 1. Je geringer die Beziehung der Frage zu beobachtbarem Verhalten, umso geringer ist die Gültigkeit der Angaben; 2. Je weniger man annehmen kann, dass ein Befragter bereits über eine Frage reflektiert hat, umso geringer ist die Gültigkeit; 3. Je weniger bewusst dem Befragten der Gegenstand einer Frage ist, je weniger „rational“ das Verhalten ist, umso geringer ist die Gültigkeit; 4. Je eher der Befragte eine Frage als Bedrohung empfindet, umso geringer ist die Gültigkeit; 5. Unterscheidet man zwischen a) Tatsachenfragen, b) Beurteilungsfragen, c) Einstellungsfragen, d) Meinungsfragen, so ist diese Reihenfolge zugleich eine Folge abnehmender Gültigkeit; 6. Je marginaler die Position eines Antwortenden in Bezug auf das Thema einer Frage und sogar den Gegenstand einer Befragung, umso geringer ist die Gültigkeit; 7. Je marginaler die allgemeine soziale Position eines Befragten, umso geringer ist tendenziell die Gültigkeit der Antwort. Jedoch: 8. Ungültigkeit von Antworten bei einzelnen Fragen ist überwiegend punktuell; 9. Fragen über gegenwärtige Sachverhalte besitzen eine höhere Gültigkeit als solche über die Vergangenheit und Zukunft, und Fragen über die Vergangenheit besitzen bei gleichem Abstand zur Gegenwart eine größere Gültigkeit als Fragen über die Zukunft.

⁸³¹ Vgl. Böhm S. 130 ff.

einem demoskopischen Gutachten im Rahmen der Verkehrsdurchsetzung ein hoher Gültigkeitsgrad anzunehmen.

Trotzdem ist es Voraussetzung für eine gültige Befragung, dass alle Befragungen der Personen, die zu der Gruppe gehören (bzw. die einen statistisch-repräsentativen Querschnitt dieser Gruppe bilden), über die ausgesagt werden soll, einheitlich erfolgen. Nur ein derartiges Vorgehen gewährleistet die Vergleichbarkeit der Antworten. Diese Einheitlichkeit sichert ein strukturierter und verbindlich festgelegter Fragebogen, dem die Interviewer wörtlich folgen müssen.⁸³²

Die Validität steigt durch die Erfahrung der am Prozess beteiligten Personen (sog. Expertenvalidität⁸³³). Ein Demoskop, der häufig für ein bestimmtes Segment Fragebögen entwirft und den Rücklauf kontrolliert, ist zu einer Beurteilung, ob der Fragebogen das Abzufragende beantwortet hat, noch am besten befähigt. Bei einfachen und konkreten Sachverhalten, wie sie im Rahmen der Verkehrsdurchsetzungsprüfung gegeben sind, können Demoskopen die Angemessenheit der Fragebögen für gewöhnlich sehr gut bewerten.⁸³⁴ Da allerdings auch eine intuitive Überzeugung mit einfließt, gilt dies nicht als eigentliche Gültigkeitsprüfung.⁸³⁵

Prinzipiell stehen drei mögliche Vorgehensweisen für eine Gültigkeitsprüfung zur Verfügung. Die Inhaltsvalidität⁸³⁶ erfolgt auf der Basis subjektiver Einschätzung von Fachleuten. Da keine objektiven Kriterien existieren, sollte diese Methode nicht als Validitätskriterium aufgefasst werden.⁸³⁷ Bei der Kriteriumsvalidität⁸³⁸ erschließt sich die Gültigkeit mithilfe von Ergebnisvergleichen mit anderen Operationalisierungen desselben Sachverhalts.⁸³⁹ In den Sozialwissenschaften ist die Konstruktvalidität jedoch von der größten Bedeutung. Unter dem Begriff „Konstrukt“ werden theoretische Eigenschaftsdimensionen (latente Variablen) verstanden. „Konstruktvalidität“ liegt dann vor, wenn aus dem Konstrukt empirisch überprüfbare Aussagen über Zusammenhänge die-

⁸³² Vgl. Noelle-Neumann GRUR 1968, 133, 134.

⁸³³ Vgl. Müller S. 114.

⁸³⁴ Vgl. Karmasin/Karmasin S. 143.

⁸³⁵ Vgl. Graumann/Anger 14. Kap., S. 610.

⁸³⁶ Die „American Psychological Association“ unterschied 1974 drei Formen der Validität; diese Unterscheidung nach Inhaltsvalidität, Kriteriumsvalidität und Konstruktvalidität ist in der Literatur allgemein verbreitet, vgl. Schnell/Hill/Esser S. 147.

⁸³⁷ Vgl. Schnell/Hill/Esser S. 147.

⁸³⁸ Die Kriteriumsvalidität ist wiederum unterteilt in „predictive validity“ und „concurrent validity“, vgl. Schnell/Hill/Esser S. 147 f.

⁸³⁹ Da es sehr häufig keine hinreichend genau gemessene Kriteriumsvariable für die Validierung einer Messung gibt, ist diese Validierungsmethode nur selten anwendbar, vgl. Schnell/Hill/Esser S. 148.

ses Konstruktes mit anderen Konstrukten theoretisch hergeleitet werden können und sich diese Zusammenhänge empirisch nachweisen lassen.⁸⁴⁰

Als Tenor ergibt sich, dass durch umfragebedingte Unzulänglichkeiten eine Exaktheit im wissenschaftlichen Sinn kaum zu erreichen ist. Allein die weitgehende Ausschaltung aller möglichen Fehlerquellen garantiert eine möglichst hohe Verlässlichkeit und Gültigkeit des Umfrageergebnisses. Bleibende Unsicherheitsfaktoren sind mittels unten angesprochener Fehlertoleranz auszugleichen und zu berücksichtigen.

e) Fehlertoleranz⁸⁴¹

Umfragen können in Stichproben nur im real nicht vorkommenden Idealfall die Grundgesamtheit exakt widerspiegeln. Dies hat zum einen statistische (sampling errors)⁸⁴², zum anderen aber auch faktische Gründe. Letztere kursieren meist unter dem Begriff „non sampling errors“, zu denen z. B. Erinnerungsfehler, Interviewereffekte usw. zählen. In der Praxis wird der Einfluss dieser Fehlerquellen auf die resultierende Schätzung fälschlicherweise fast immer vernachlässigt.⁸⁴³

Daher stellt sich die Frage, mit welcher Wahrscheinlichkeit die Stichprobe ein Ergebnis ermittelt, das sich hochgerechnet mit der Grundgesamtheit decken würde. Die Berechnung der Fehlertoleranz gilt selbstverständlich nur bei der Wahrscheinlichkeitsauswahl, nicht dagegen beim Quoten-Verfahren. Bei diesem sind die Grundsätze der mathematischen Wahrscheinlichkeitstheorie nicht anwendbar, weil es sich bei ihnen nicht um Verfahren der reinen Zufallsauswahl handelt. In der Praxis wird jedoch ein geschätzter Abschlag auf der Grundlage der für das Random-Verfahren zu berechnenden Fehlertoleranz vorgenommen, da unterstellt wird, die Quotenauswahl führe zu einer Approximation an eine empirisch abgesicherte Zufallssteuerung.

Für eine möglichst zuverlässige Hochrechnung des Stichprobenanteils auf die Grundgesamtheit bedarf es daher einer mathematischen Korrektur, um den Zufallsfeh-

⁸⁴⁰ Vgl. Schnell/Hill/Esser S. 148 ff.

⁸⁴¹ Es wird vom Verfasser darauf hingewiesen, dass dies eine juristische Arbeit darstellt. Für eine weitergehende Lektüre sei daher auf die Spezialliteratur verwiesen, z.B. Scheuch in König Bd. 3a; Schnell/Hill/Esser; Noelle-Neumann/Petersen, Friedrichs, Böltken usw.

⁸⁴² Zwei Varianten dieser statistischen Fehler sind das sog. Overcoverage, d.h. die ausgewählten Objekte gehören zur Auswahlgesamtheit, aber nicht zur Grundgesamtheit und das sog. Undercoverage, d.h. die ausgewählten Objekte gehören zur Grundgesamtheit, aber nicht zur Auswahlgesamtheit (dies hat keine verzerrende Auswirkung, wenn der Ausfallgrund und die untersuchte Einheit ohne Zusammenhang sind, da dann der Zufall der Auswahlgesamtheit dem der Grundgesamtheit entspricht).

⁸⁴³ Vgl. Schnell/Hill/Esser S. 270.

ler, den sogenannten Standardfehler, bezüglich der sampling errors und den Stichprobenfehler hinsichtlich der non sampling errors zu berücksichtigen.

Ausgangspunkt ist die Überlegung, bei einer genügend großen Zahl unabhängiger Zufallsstichproben entspräche der durchschnittliche Mittelwert all dieser unterschiedlichen Stichproben dem Mittelwert der Grundgesamtheit, dem Parameter. Zwei Größen bestimmen das Ausmaß der Grundgesamtheit: die Varianz⁸⁴⁴ in der Grundgesamtheit und die Stichprobengröße. Allgemein wird die Größe der Streuung als Standardfehler bezeichnet. Der Standardfehler ($\sigma_{\bar{x}}$) ist umso kleiner, je kleiner die Varianz in der Grundgesamtheit (wird durch die Varianz der Stichprobe geschätzt) und je größer der Umfang der Stichprobe (n). Mathematisch ausgedrückt ergibt sich folgendes Bild (p stellt den Stichprobenanteil des Merkmals dar):

$$\sigma_{\bar{x}} = \sqrt{\frac{p \times (1 - p)}{n}}$$

Die Möglichkeit von Abweichungen richtet sich für sämtliche Zahlenkonstellationen nach der von dem Mathematiker Carl Friedrich Gauß entwickelten Verteilungskurve. Werden die Werte aus dieser Kurve in Zahlen übertragen, gibt eine Tabelle (s. u.) Aufschluss über den Abweichungsbereich für jede Konstellation hinsichtlich „Stichprobenumfang“ und „Stichprobenanteil“. Bei einem Stichprobenumfang von 2.000 bis 2.500 Personen liegt beispielsweise der Bereich der Maximalabweichungen in der Gaußschen Verteilungskurve bei 3 %, an den Rändern unter 2 %. Werden nur 200 Personen befragt, steigen die Abweichungsbereiche auf Größenordnungen bis zu ± 10 %.⁸⁴⁵ Die Verringerung der Abweichungsbereiche entwickelt sich zur Vergrößerung der Stichprobe nicht linear, sondern exponentiell: Soll der Abweichungsbereich halbiert werden, ist die Stichprobe zu vervierfachen.⁸⁴⁶ Außerdem gilt, dass die Resultate – unabhängig vom Stichprobenumfang – umso sicherer werden, je mehr sie in Richtung der Randbereiche von 10 % bzw. 90 % tendieren. Demzufolge ist die Fehlerspanne bei einem Anteilswert von 50 % am größten.

Die Grenzwerte der maximalen Abweichungsbereiche richten sich nach dem für die Auswertung vorgegebenen Sicherheitsgrad, auch Signifikanzniveau genannt. Dabei handelt es sich um den Grad an Wahrscheinlichkeit, zu dem man darauf vertrauen kann,

⁸⁴⁴ Varianz ist die Streuung der Stichprobenwerte um den Mittelwert.

⁸⁴⁵ Vgl. Eichmann GRUR 1999, 939, 950.

⁸⁴⁶ Vgl. Friedrichs S. 145; Noelle-Neumann/Petersen S. 214.

dass der wahre Wert innerhalb eines bestimmten Bereiches, dem Vertrauensbereich (Konfidenzintervall) zu finden ist. Der Sicherheitsgrad ergibt sich aus folgender Formel, wobei t die positive und negative Abweichung vom Mittelwert wiedergibt:

$$P = p \pm t \times \sigma_x^*$$

*Erläuterung: P stellt den Anteil des Merkmals in der Grundgesamtheit dar. t ist eine bestimmte natürliche Zahl, mit deren Einsetzen ein bestimmter Sicherheitsgrad einhergeht. In der gerichtlichen Praxis wird die Zahl 1,96 eingesetzt, die einen Sicherheitsgrad von 95 % ergibt.

Berechnet man den Sicherheitsgrad etwa für eine große Zahl unabhängiger Stichproben bei einem Intervall um den Mittelwert der Stichprobe \bar{x} mit den Grenzen 1,96,

$$P = p \pm 1,96 \times \sigma_x$$

so zeigt sich, dass 95 % der so berechneten Intervalle den tatsächlichen Grundgesamtheitsparameter enthalten.⁸⁴⁷ Wird demzufolge bei einem Verkehrsdurchsetzungsgutachten der Rahmen des aus einer Stichprobe ermittelten Prozentsatzes um den Wert $\pm 1,96\%$ ⁸⁴⁸ erweitert, ist mit 95%iger Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass auch der tatsächliche Wert der Grundgesamtheit in diesem Bereich liegt. Die im Beispiel mit der Maßzahl $\pm 1,96$ bestimmten beiden Grenzpunkte stellen die Sicherheitsgrenzen dar. Es ist umgekehrt offensichtlich, dass die Sicherheitsgrenzen umso weiter auseinanderliegen, je höher der Sicherheitsgrad angesetzt ist. Daraus folgt, dass die Angaben bezüglich des voraussichtlichen wahren Wertes bei einem hohen Sicherheitsgrad relativ unpräzise ausfallen, während bei gleichem Auswahlumfang präzisere Angaben mit einem niedrigeren Sicherheitsgrad verbunden sind.

Weil ein Sicherheitsgrad von 100 % nur mittels Befragung der Grundgesamtheit erreicht werden könnte, ist festzulegen, welcher Prozentsatz unter diesem Idealwert für ausreichend gilt. Die Rechtsprechung zum Verkehrsdurchsetzungsverfahren legt für gewöhnlich einen Sicherheitsgrad von 95 % zugrunde.⁸⁴⁹ Ein Sicherheitsgrad von etwa 95 % ergibt allerdings eine Wahrscheinlichkeit, die praktisch der Gewissheit gleichkommt.⁸⁵⁰ Gelegentlich gilt auch ein Sicherheitsgrad von 90 % als ausreichend.⁸⁵¹ Die

⁸⁴⁷ Vorausgesetzt der Stichprobenumfang beträgt mindestens 30; vgl. Scheuch in König Bd. 3a, S. 24.

⁸⁴⁸ Darüber hinaus gibt es folgende häufiger benutzte Multiplikatoren (bzw. Abweichungen vom Mittelwert) mit den entsprechenden Sicherheitsgraden: 1 = 68,3 %; 1,96 = 95 %; 2 = 95,5 %; 2,58 = 99 %; 3 = 99,7 %; 3,29 = 99,9 %.

⁸⁴⁹ Vgl. z.B. BGH GRUR 2014, 483, 487, Nr. 29 – test; BGH GRUR 2010, 138, 143, Nr. 54 – ROCHER-Kugel; BGH GRUR 2009, 954, 957, Nr. 36 – Kinder III.

⁸⁵⁰ Vgl. Müller, S. 131; vom Stein GRUR 1972, 73, 74.

⁸⁵¹ Vgl. Gloy/Loschelder/*Ohde* (3. Auflage) § 18, Rn. 16; Boës/Deutsch GRUR 1996, 168, 170; Loschelder/*Pflüger* § 42, Rn. 27.

geringere Fehlertoleranz bzw. geringere Schwankungsbreite, die damit einhergeht, täuschen dem Laien jedoch sichere Ergebnisse vor, die de facto nicht vorliegen. Je höher der Sicherheitsgrad, desto eher wird hierdurch eine vorsichtiger Bewertung der rechtsrelevanten Umfrageergebnisse möglich, weshalb ein höherer Sicherheitsgrad vorzugswürdig erscheint. Die Unterschiede fallen bei einem großen Stichprobenumfang allerdings relativ gering aus.

Diese Berechnungen beruhen allerdings allesamt auf einer einfachen Zufallsauswahl. Da es sich bei den Umfragen über die Verkehrsdurchsetzung aber zumeist um eine mehrstufige Wahrscheinlichkeitsauswahl handelt und die aufgezeigte Formel lediglich den Standardfehler für die einfache Wahrscheinlichkeitsauswahl wiedergibt, ist auch der Stichprobenfehler entsprechend zu berücksichtigen. Denn die jeweilige Schichtung erhöht das Risiko einer weiteren Reduktion der Verlässlichkeit. Ist man sich jedoch der Tatsache bewusst, dass diese Formel den Fehler unterschätzt, so ist der enthaltene Wert mit dem Korrekturfaktor $\sqrt[3]{2}$ zu multiplizieren, um den sogenannten Stichprobenfehler für die mehrschichtige Auswahl zu berücksichtigen.⁸⁵² Gelegentlich wird bei mehr als zweistufigen Auswahlprozessen sogar der Faktor $\sqrt[3]{3}$ vorgeschlagen.⁸⁵³ Diesbezüglich ist zu betonen, dass der Faktor lediglich in methodischen Untersuchungen überprüft wurde. Eine eigentlich theoretische bzw. mathematische Rechtfertigung ist damit jedoch nicht verbunden.

In der Praxis wird auf eine allgemeine Tabelle der Fehlertoleranzen⁸⁵⁴ zurückgegriffen, die mit der Formel

$$P = p \pm t \times \sqrt{2} \times \sqrt{\frac{p \times (1 - p)}{n}}$$

berechnet wird, wobei P den Anteil der Grundgesamtheit, p den Stichprobenanteil, n den Stichprobenumfang, t den bei einem Sicherheitsgrad von 95 % anzusetzenden Wert von 1,96 und $\sqrt{2}$ den sog. Designfaktor darstellt.

Daraus ergibt sich folgende Fehlertoleranztafel:⁸⁵⁵

⁸⁵² Vgl. Scheuch in König Bd. 3a, S. 39; Böltken S. 370 gibt den Faktor $\sqrt{2}$ an. Böltken kritisiert a.a.O. auch, dass eine recht unkümmerte Behandlung des Auswahlfehlers festzustellen sei.

⁸⁵³ Vgl. Wettschurek S. 205.

⁸⁵⁴ Zu beachten ist jedoch, dass diese Tabelle einen Korrekturfaktor (Designfaktor) von $\sqrt{2}$ ansetzt

⁸⁵⁵ Vgl. etwa BPatG GRUR 2008, 420, 427 – ROCHER-Kugel; BPatG GRUR 2007, 593 – Ristorante; vgl. auch Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 29, die bei Ihrer Tabelle andere Stichprobenumfänge und einen Sicherheitsgrad von 95,5 % berücksichtigt.

	P =	5 %	10 %	15 %	20 %	25 %	30 %	35 %	40 %	45 %	50 %
		95 %	90 %	85 %	80 %	75 %	70 %	65 %	60 %	55 %	50 %
n =											
100		6,0*	8,3*	9,9*	11,1*	12,0	12,7	13,2	13,6	13,8	13,9
120		5,5*	7,6*	9,0*	10,1*	11,0	11,6	12,1	12,4	12,6	12,7
150		4,9*	6,8*	8,1*	9,1	9,8	10,4	10,8	11,1	11,3	11,3
200		4,3*	5,9*	7,0	7,8	8,5	9,0	9,3	9,6	9,8	9,8
250		3,8*	5,3*	6,3	7,0	7,6	8,0	8,4	8,6	8,7	8,8
300		3,5*	4,8	5,7	6,4	6,9	7,3	7,6	7,8	8,0	8,0
500		2,7*	3,7	4,4	5,0	5,4	5,7	5,9	6,1	6,2	6,2
800		2,1	2,9	3,5	3,9	4,2	4,5	4,7	4,8	4,9	4,9
1.000		1,9	2,6	3,1	3,5	3,8	4,0	4,2	4,3	4,4	4,4
1.100		1,8	2,5	3,0	3,3	3,6	3,8	4,0	4,1	4,2	4,2
1.200		1,7	2,4	2,9	3,2	3,5	3,7	3,8	3,9	4,0	4,0
1.300		1,7	2,3	2,7	3,1	3,3	3,5	3,7	3,7	3,8	3,8
1.400		1,6	2,2	2,6	3,0	3,2	3,4	3,5	3,6	3,7	3,7
1.500		1,6	2,1	2,6	2,9	3,1	3,3	3,4	3,5	3,6	3,6
2.000		1,4	1,9	2,2	2,5	2,7	2,8	3,0	3,0	3,1	3,1
3.000		1,1	1,5	1,8	2,0	2,2	2,3	2,4	2,5	2,5	2,5
5.000		0,9	1,2	1,4	1,6	1,7	1,8	1,9	1,9	2,0	2,0
20.000		0,4	0,6	0,7	0,8	0,8	0,9	0,9	1,0	1,0	1,0

* Die so gekennzeichneten Werte beziehen sich nur auf die zweite Kopfzeile mit hohen Prozentsätzen, da die Fehlertoleranzen dabei mehr als die Hälfte des kleineren Anteilswerts betragen und daher nicht bzw. nur eingeschränkt interpretierbar sind.⁸⁵⁶

Ergänzend ist zu erwähnen, dass sich die ausgewiesenen Fehlerspannen nicht erheblich reduzieren, wenn die Grundgesamtheit nicht die gesamte Bevölkerung darstellt, sondern einen geringeren Umfang an Verkehrsbeteiligten aufweist. Die Reduktion wird mit dem Multiplikator ermittelt, der nach der Formel

$$\sqrt{1 - \frac{n}{N}}$$

⁸⁵⁶ Vgl. Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 29.

zu berechnen ist, wobei n den Stichprobenumfang und N den Umfang der Grundgesamtheit angibt.⁸⁵⁷

Eine zusätzliche Problematik eröffnet sich, wenn berücksichtigt wird, dass der ermittelte Wert ohne Abzug der Fehlertoleranz den wahrscheinlichsten Wert darstellt, während der nach Abzug oder Addition der vollen Fehlertoleranz errechnete untere bzw. obere Wert gem. der Gaußschen-Verteilungskurve nur eine weitaus geringere, fast zu vernachlässigende Wahrscheinlichkeit aufweist. Im Hinblick auf die Feststellungslast, die im Eintragungsverfahren der Anmelder zu tragen hat, könnte es ungerechtfertigt erscheinen, diesem eine Eintragung zu verweigern, nur weil der nach Abzug der Fehlertoleranz errechnete unterste Wert nicht zur Annahme einer Verkehrsdurchsetzung ausreicht, obwohl dieser nur eine im Vergleich zum Mittelwert sehr geringe Wahrscheinlichkeit aufweist.⁸⁵⁸ In der Praxis wurde dieses Problem lange Zeit nicht abschließend thematisiert.⁸⁵⁹ Wenn die Frage, ob ein Toleranzabzug oder -hinzurechnung ohnehin nicht ausdrücklich offen gelassen wurde, wurde zumeist ohne weitere Begründung, abhängig von dem Begehren des die Feststellungslast Tragenden, diesem die Fehlertoleranz zu seinem Nachteil abgezogen oder hinzugerechnet.⁸⁶⁰ In seiner test-Entscheidung hat sich der BGH nun aber gänzlich gegen eine Berücksichtigung der Fehlertoleranzen entschieden: *„Die Berücksichtigung der Fehlertoleranz zugunsten des Markeninhabers im Löschungsverfahren würde die Beweisführung des Antragstellers unzumutbar erschweren und stünde dem vom Senat wiederholt hervorgehobenen Umstand entgegen, dass dem Antragsteller, den die Feststellungslast für die Voraussetzungen des Löschungstatbestands trifft, keine nahezu unüberbrückbaren Beweisforderungen auferlegt werden dürfen. Eine Berücksichtigung der Fehlertoleranz zu Lasten des Markeninhabers im Löschungsverfahren scheidet ebenfalls aus. Es besteht nur eine geringe Wahrscheinlichkeit, dass der Durchschnittswert abzüglich der Fehlertoleranz*

⁸⁵⁷ Vgl. Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 30 mit einem Beispiel.

⁸⁵⁸ Vgl. BGH GRUR 2014, 483, 486 f., Nr. 38-39 – test. Zuvor ließ der BGH GRUR 2010, 138, 143 – ROCHER-Kugel die Frage noch unbeantwortet, da auch der nach Abzug der Toleranz festgestellte Wert, der Annahme einer Verkehrsdurchsetzung nicht entgegenstand; so aber jedenfalls Niedermann im Interview mit Frau Niedermann vom Institut für Demoskopie Allensbach vom 29.11.2010. Zumindest „überdenkenswert“ auch nach BPatG vom 10.08.2010, Az.: 33 W (pat) 31/06, Nr. 33 – SPAR; Pflüger GRUR-Prax 2011, 51.

⁸⁵⁹ Offen gelassen etwa in BGH GRUR 2010, 138, 143 – ROCHER-Kugel; BPatG Mitt. 2010, 313 – Goldhase.

⁸⁶⁰ Vgl. auch BPatG vom 14. 3. 2012, Az.: 26 W (pat) 21/11 – S-Bahn; BPatG GRUR 2010, 71, 73 – Farbe Lila; BPatG GRUR 2009, 170, 173 – RAL 1012 Rapsgeib; BPatG vom 09.12.2008, Az.: 33 W (pat) 85/04, Nr. 20 – FAKTEN, FAKTEN, FAKTEN; BPatG GRUR 2007, 593, 596 – Ristorante m.w.N.

*(vorliegend 43% - 2,3% = 40,7%) der zutreffende Wert ist, weil die Werte innerhalb der Spanne von 40,7% bis 45,3% nicht gleich wahrscheinlich sind, sondern sich nach der Gauß'schen Normalverteilung aufteilen. Dass der untere Wert (hier 40,7%) zutrifft, ist statistisch daher unwahrscheinlich. Die Berücksichtigung des unteren Werts würde daher in Fällen, in denen die ermittelten Werte in einem Grenzbereich liegen, zur unberechtigten Löschung von Marken führen. Ist die Fehlertoleranz im Lösungsverfahren daher regelmäßig - wenn nicht besondere Umstände vorliegen - außer Betracht zu lassen, kommt ihre Berücksichtigung im Eintragungsverfahren auch nicht in Betracht. Den gesetzlichen Vorschriften über das Eintragungs- und Lösungsverfahren ist nichts dafür zu entnehmen, dass für die Verfahren unterschiedliche Anforderungen an das Vorliegen der Voraussetzungen der Eintragungshindernisse zu stellen sind.*⁸⁶¹ Der BGH schloss sich insofern ausdrücklich der Ansicht und Argumentation von Pflüger⁸⁶² an. Die Entscheidung des BGH ist aber trotz der bestätigenden Auffassungen in der demoskopischen Literatur⁸⁶³ nicht gerechtfertigt. Obwohl die Demoskopie sehr genaue Werte zu liefern imstande ist, handelt es sich bei den Ergebnissen um Annäherungswerte. So ist z. B. bei einem durch die Befragung von 1.200 Personen ermittelten Wert von 65 % die Wahrscheinlichkeit, dass der auf die Grundgesamtheit bezogene, tatsächliche Wert nur bei 62,6 % bzw. 63,3 % liegt, mit etwa 10 % bzw. 5 % anzusetzen. Trotz dieser geringen Wahrscheinlichkeit ist es aber nicht ausgeschlossen, dass in Bezug auf die Grundgesamtheit lediglich der Grenzwert vorliegt. Der Unsicherheitsfaktor, d. h. der Wahrscheinlichkeitsgrad von 10 %, mit dem die Grenzwerte der Realität in der Grundgesamtheit entsprechen, liegt jedenfalls noch über dem Grad, den die Rechtspraxis als die mit Sicherheit gleichzusetzende Wahrscheinlichkeit im Sinne eines Vollbeweises nach § 286 ZPO angibt. Er ist demnach zu berücksichtigen und muss, wie auch sonst bei Unsicherheiten in der Beweisführung in gerichtlichen Verfahren, dem Beweisbelasteten aufgebürdet werden. Der BGH weicht mit seiner Entscheidung die Beweisregeln auf. Es ist entgegen der Rechtsprechung des BGH⁸⁶⁴ auch nicht ersichtlich, warum dem Antragsteller mit einer Anrechnung bzw. einem Abzug der Toleranz nahezu unüberbrückbaren Beweisanforderungen auferlegt würden. Allein die Berücksichtigung der einer demoskopischen Begutachtung innewohnenden Unsicherheit in Form der Toleranz führt jedenfalls nicht zu unüberbrückbaren Beweisanforderungen. Falls tatsächlich

⁸⁶¹ Vgl. BGH GRUR 2014, 483, 486 f., Nr. 38-39 – test.

⁸⁶² Vgl. Pflüger, GRUR-Prax 2011, 51, 54.

⁸⁶³ Vgl. etwa Pflüger GRUR-Prax 2011, 51; Dobel S. 126 ff.

⁸⁶⁴ Vgl. BGH GRUR 2014, 483, 486 f., Nr. 38-39 – test.

ein unangemessenes Ergebnis droht, wäre es stattdessen anzuraten, an den zu fordernden Durchsetzungsgrad geringere Anforderungen zu stellen. Pflüger⁸⁶⁵ argumentiert zwar noch, dass es bei ein und demselben Gutachten mit einem festgestellten Durchsetzungsgrad von 53 % je nach Feststellungslast sein könne, dass die Verkehrsdurchsetzung anzunehmen ist (+5 Toleranz = 58 %) oder eben nicht (-5% Toleranz = 48 %). Dies mag zwar auf den ersten Blick seltsam anmuten, ist aber entgegen der Ansicht von Pflüger nicht unbefriedigend, da dies den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen entspricht.⁸⁶⁶ Bei der Argumentation des BGH, die Berücksichtigung der Toleranzen führe zu nahezu unüberbrückbaren Beweisanforderungen, stellt sich im Gegenzug die Frage, warum dann aber nach dem BGH die namentlichen Fehlzuordnungen beim Verkehrsdurchsetzungsgrad (bereinigten Kennzeichnungsgrad) in Abzug zu bringen sind?⁸⁶⁷ Dies wurde richtigerweise⁸⁶⁸ auch von Pflüger kritisiert.⁸⁶⁹

f) Ausfälle

Ein großes Problem für die Repräsentativität einer Wahrscheinlichkeitsauswahl⁸⁷⁰ stellen sog. Ausfälle (sampling losses) dar, d. h. die Unmöglichkeit, ausgewählte Einheiten auch wirklich untersuchen zu können. Die Ausschöpfung einer geplanten Stichprobe ist nämlich nie vollständig. Dabei werden unsystematische oder qualitätsneutrale und systematische oder qualitätsrelevante Ausfälle unterschieden. Zu den qualitätsneutralen Ausfällen, die keinen Einfluss auf die Güte der Stichprobe nehmen, zählen etwa

⁸⁶⁵ Vgl. Pflüger GRUR-Prax 2011, 51, 54. Beispielhaft bezieht sie sich bei der Feststellungslast auf das Anmeldeverfahren auf der einen und dem Löschungsverfahren auf der anderen Seite. Sie erkennt allerdings, dass die Frage, wer die Feststellungslast im Löschungsverfahren zu tragen hat, von der Rechtsprechung uneinheitlich beantwortet wird. So hat zwar der EuGH GRUR 2014, 776, 780, Nr. 68 ff. – Sparkassen-Rot dem Markeninhaber die Feststellungslast aufgetragen. Der BGH hat jedoch den gegenteiligen Standpunkt eingenommen und ist davon ausgegangen, dass von der Option nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 MRRL Gebrauch gemacht wurde; vgl. BGH GRUR 2014, 483, 485, Nr. 22 – test. Nach BGH GRUR 2014, 1101, 1102, Nr. 19 – Gelbe Wörterbücher ist die Bedeutung der Entscheidung EuGH GRUR 2014, 776, 780, Nr. 68 ff. – Sparkassen-Rot für die Feststellungslast bei der Verkehrsdurchsetzung nach deutschem Markenrecht offen (vgl. hierzu Kap. E.III.3.b)).

⁸⁶⁶ Vgl. Pflüger GRUR-Prax 2011, 51, die in ihrem Fazit die Benachteiligung des Markenanmelders u. a. durch den Abzug der Fehlertoleranz hervorhebt. Nach der hier entgegen EuGH GRUR 2014, 776, 780, Nr. 68 ff. – Sparkassen-Rot vertretenen Ansicht, wonach im Löschungsverfahren die Feststellungslast beim Antragsteller liegt (vgl. hierzu Kap. E.III.), würde der Markenanmelder von dieser Praxis aber auch profitiert. Zudem erscheint es zumindest in Ausnahmefällen angezeigt, von der starren 50 %-Mindestanforderung abzuweichen, vgl. hierzu Kap. E.I.15.

⁸⁶⁷ Vgl. BGH GRUR 2014, 483, 486, Nr. 36 – test (Abzug von 4%).

⁸⁶⁸ Vgl. hierzu Kap. E.I.7.d)ee)(2).

⁸⁶⁹ Vgl. GRUR 2014, 423, 428.

⁸⁷⁰ Bei der Quotenauswahl fließen Ausfälle nicht in die Bewertung ein, da die nicht-erreichbaren oder nicht-befragbaren Personen durch andere Befragte, die der Quotierung entsprechen, ersetzt werden.

Dateifehler, die Unauffindbarkeit der Straße oder Hausnummer oder eine unbewohnte Wohnung.⁸⁷¹

aa) Ausfallkategorien

Folgende Ausführungen gehen jedoch lediglich auf die qualitätsrelevanten Ausfälle ein. Die Meinungsforschung differenziert zwischen der fehlenden Erreichbarkeit der Befragungspersonen (inaccessibility, inavailability) und deren fehlender Bereitschaft, dem Interviewer Rede und Antwort zu stehen (non-cooperation). Fällt das Interview bzw. die Untersuchungseinheit völlig aus und stehen somit keine Daten für diesen Fall zur Verfügung, liegen sog. Ausfälle oder eine „Unit-Nonresponse“ vor. Fehlen nur einige Variablen bzw. bleiben nur einzelne Fragen unbeantwortet, handelt es sich um eine „Item-Nonresponse“^{872, 873}. Das Grundproblem besteht allerdings darin, dass bei auftretenden Ausfällen die tatsächliche Erhebungsgesamtheit und die Zielgesamtheit („target population“) auseinanderfallen. Für die Erhebungsgesamtheit (die bei Unkenntnis der Merkmale der Ausfälle allerdings nicht genau umschrieben werden kann) ist die Repräsentativität nicht gefährdet, wohl aber für die Grundgesamtheit, über die Aussagen zu treffen sind.

Der Bericht über die Erhebung sollte detailliert aufzeigen, welche Ausfallursachen mit welcher Häufigkeit die realisierte Stichprobe enthält. Ausfälle können mannigfaltige Gründe haben:

- Ausfälle aufgrund von Nichterreichbarkeit („Not at Homes“) und Nicht-Befragbaren („unable to answers“, „objektive Ausfälle“):

Zu den schwer erreichbaren Personen zählen jene, die nicht angetroffen wurden, da die Adresse nicht auffindbar ist. Bei den Nicht-Befragbaren⁸⁷⁴ handelt es sich um Befragungspersonen, die aufgrund körperlicher Gebre-

⁸⁷¹ Vgl. Scholl S. 33.

⁸⁷² Im Rahmen der Verkehrsdurchsetzungsgutachten ist die Item-Nonresponse zu vernachlässigen, weshalb an dieser Stelle lediglich auf anderweitige Ausführungen, wie etwa Schnell/Hill/Esser S. 346, S. 457 ff., verwiesen werden soll.

⁸⁷³ Darüber hinaus kann auch noch zwischen „offenen“ und „verdeckten“ Ausfällen unterschieden werden, womit darauf hingewiesen wird, dass falsche Informationen oder solche, die nicht in der vorgesehenen Weise erhoben wurden, eigentlich als Ausfälle gewertet werden müssen.

⁸⁷⁴ Der Prozentsatz dieser Ausfälle ist sehr gering, so dass eine verzerrende Wirkung in der Regel nicht zu erwarten ist, vgl. Schnell/Hill/Esser S. 304. Gleichwohl ist auch bei diesem Ausfallgrund von einer Verzerrung der Ergebnisse auszugehen, da Alter, Beruf, wirtschaftliche Lage usw. sehr wohl auch einen Einfluss auf die Dauer und Häufigkeit von Krankheiten haben, vgl. Böltken S. 207.

chen oder schwerer akuter Erkrankung aus der Stichprobe ausscheiden (etwa schwerhörig oder zu alt).

Beide Ausfallerscheinungen hängen von bestimmten Merkmalen oder Lebenssituationen ab und erfolgen somit nicht zufällig. Die Ausfälle liegen diesbezüglich bei etwa 8 %, wobei dieser Wert in einigen Jahreszeiten, z. B. in der Ferienzeit, erheblich überschritten wird.⁸⁷⁵ Es ist möglich, diesen Wert durch vermehrten Aufwand (Erhöhung der Zahl der Besuche pro Fall und zu verschiedenen Tageszeiten) zu verringern, bei steigendem Mittelaufwand jedoch mit abnehmendem Effekt. Üblich sind mindestens drei bis sechs Kontaktversuche, die die Zahl der Nicht-Erreichten stark senken, was gleichzeitig jedoch die Kosten pro Interview stark in die Höhe treibt.

➤ Verweigerung („refusal“):

Im Falle einer demoskopischen Erhebung für die Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung kommt eine Verweigerung, die darauf beruht, dass Bedenken gegen die Zielsetzung der Befragung bestehen, die Fragen zu delikat oder in sonstiger Weise unangebracht erscheinen oder die Personen an der Zusicherung der Anonymität zweifeln und mögliche Sanktionen befürchten, mit großer Wahrscheinlichkeit nicht in Betracht. Die meisten Verweigerungsfälle lehnen eine Mitarbeit zumeist unabhängig von der Fragestellung ab, weil sie keine Zeit oder generell kein Interesse oder Verständnis für ein solche Erhebung aufbringen. Letzteres lässt sich je nach den Umständen und Geschick bei einem Teil der Befragten doch noch in eine Zusage umwandeln.

Insgesamt dürften bei einem normal qualifizierten Interviewer-Stab die hier insgesamt als Verweigerung aufgeführten Fälle bei einem gewöhnlichen Interview bei etwa 7-8 % liegen.⁸⁷⁶ Studien belegen, dass der trotz geschulter Interviewer verbleibende Teil der Verweigerer keine homogene Gruppe darstellt, woraus für das Gesamtergebnis der Befragung keine schwerwiegenden Auswirkungen resultieren.⁸⁷⁷ Besonders häufig treten die Verweigerun-

⁸⁷⁵ Vgl. Scheuch in König Bd. 3a, S. 59.

⁸⁷⁶ Vgl. Scheuch in König Bd. 3a, S. 60.

⁸⁷⁷ Vgl. Schnell/Hill/Esser S. 307; noch eine andere Ansicht vertrat Büschges S. 307, wonach „immer ein Teil von ihnen zufälligen Charakters ist“, weshalb sich keine schwerwiegende systematische Verzerrung ergebe.

gen in Großstädten⁸⁷⁸, bei Frauen, bei sehr alten⁸⁷⁹ und sehr jungen Leuten sowie bei Personen der niedrigsten und der höchsten Schicht auf.⁸⁸⁰ Trotzdem schaffen diese Ausfälle ein zusätzliches Unsicherheitselement, das hinsichtlich seiner möglichen Konsequenzen auf das Gesamtergebnis der Befragung prinzipiell abgeschätzt werden sollte. Hierfür kommen mehrere Korrekturverfahren in Betracht.⁸⁸¹

➤ Sample-Fehler:

Eine Form des Ausfalls tritt bereits bei der Stichprobenauswahl ein. Der Sample-Fehler betrifft Personen, die nicht oder nicht mehr der Grundgesamtheit angehören, etwa weil sie verstorben oder verzogen sind und die Veränderungen bei der Stichprobenauswahl noch nicht berücksichtigt wurden.⁸⁸²

Die Ausfälle dieser Kategorie stellen zunächst lediglich eine empirische Korrektur der zugrunde gelegten Kartei dar. Die Verzerrung ist daher minimal und erfolgt nur dann, wenn die von der Grundgesamtheit ausgeschlossenen Personen nicht durch die Neuzugänge bei der Berücksichtigung der Auswahlgesamtheit ersetzt sind.⁸⁸³

Bei Samples, die auf einem Personenverzeichnis beruhen, werden die Ausfälle mit etwa 3 % angegeben.⁸⁸⁴ Beim Random-Route bzw. Random-Walk-Verfahren⁸⁸⁵ ist der Fehler allerdings mit 0 % anzusetzen, weil die neuen Verhältnisse automatisch Berücksichtigung finden.

Ausfälle wären komplikationslos, entstünden sie durch das Zusammentreffen vollkommen zufälliger Umstände oder existierte keine Korrelation zwischen den Gründen für einen Ausfall und den zu schätzenden Eigenschaften. Es stellt sich also stets die

⁸⁷⁸ Je kleiner die Gemeinde ist, umso niedriger ist die Ausfallquote. Von nur 1,6 % in Gemeinden unter 2.000 Einwohnern steigt mit zunehmender Gemeindegröße die Ausfallquote bis auf 4,3 % in den Großstädten, vgl. Gabler/*Heidenreich* S. 117, 122.

⁸⁷⁹ Bei älteren Befragten liegt die Verweigerungsquote 3-4-mal so hoch wie bei Befragten unter 40 Jahren, vgl. Schnell/Hill/Esler S. 306.

⁸⁸⁰ Vgl. Scheuch in König Bd. 3a, S. 60 f.

⁸⁸¹ Vgl. Schnell/Hill/Esler S. 307 ff.

⁸⁸² Scheuch in König Bd. 3a, S. 59 führt noch einen anderen Sample Fehler an, der Ausfälle bezüglich Personen, die inzwischen das für eine Auswahl festgesetzte Mindestalter überschritten haben, Zugezogener oder Neubauten betrifft. Dieser Fehler wird meist nicht berücksichtigt, da er in der Vorgehensweise selbst nicht bemerkbar wird. Bei Samples, die auf einem Personenverzeichnis beruhen, dürfte der Fehler bei etwa 2 % liegen.

⁸⁸³ Vgl. Böltken S. 205.

⁸⁸⁴ Vgl. Scheuch in König Bd. 3a, S. 59.

⁸⁸⁵ Vgl. hierzu Kap. E.I.10.c)aa).

Frage, ob die Ausfälle bei einer Wahrscheinlichkeitsauswahl ebenso zufällig auftreten wie die Auswahl selbst. Somit ergäbe sich keine systematische Verzerrung. Die Zufälligkeit von Ausfällen wird in der Regel bereits dann unterstellt, wenn von derart unterschiedlichen Ausfallgründen auszugehen ist, dass sie sich tendenziell ausgleichen. Stellt sich jedoch – wie bereits erörtert – heraus, dass ältere Personen die Befragung häufiger verweigern, wäre diese Gruppe bei der Stichprobe unterrepräsentiert. Ebenso verhält es sich auch bei den Ausfällen aufgrund von Nichterreichbarkeit: Eltern von Kleinkindern sind weit häufiger daheim anzutreffen als etwa berufstätige Singles. Die Berücksichtigung der Ausfälle nach Ausfallgrund und bestimmten Merkmalen ist daher unerlässlich, wenn eine überprüfbare Repräsentativität angestrebt ist.

Die Ausschöpfungsquote⁸⁸⁶ stellt einen wichtigen Indikator für die Qualität der Stichprobe dar. Ab welcher Grenze eine Stichprobe als nicht mehr repräsentativ gilt, ist mathematisch nicht bestimmbar. Allerdings gab die Marktforschung als Konvention eine Mindestausschöpfungsquote von 70 % an, deren Unterschreitung zumindest zu begründen ist.⁸⁸⁷ Dies dürfte heutzutage nicht mehr aufrecht zu erhalten sein. Bei der in der Bevölkerung festzustellenden Tendenz, die Teilnahme an Befragungen zu verweigern, ist selbst diese Ausschöpfungsquote von 70 % kaum mehr realisierbar.⁸⁸⁸ Die Ausschöpfungsraten für Unternehmensstichproben lagen schon immer erheblich niedriger, weil deren Befragungsadressaten oft schwerer erreichbar sind oder aus Zeitgründen für Interviews nicht zur Verfügung stehen.⁸⁸⁹

bb) Maßnahmen zur Ausfallreduzierung

In der Praxis werden verschiedene Maßnahmen ergriffen, um die Ausfallquote möglichst gering zu halten. Diese differenzieren sich grob in Maßnahmen, die die Nichterreichbarkeit vermindern, und Schritte, die die Verweigerungsquote senken.

Zunächst ist zwingend, bei einer Stichprobenauswahl, die auf einem Verzeichnis beruht, auch tatsächlich die aktuellste und umfangreichste Liste heranzuziehen. Es empfiehlt sich weiter, auf eine Primärkartei zurückzugreifen, falls verfügbar, da sich die Fehlerquellen bei einer Weiterverarbeitung erfahrungsgemäß vervielfältigen.

⁸⁸⁶ Die Ausschöpfungsquote wird wie folgt berechnet: Bruttostichprobe (alle ausgewählten Adressen) – qualitätsneutraler Ausfälle = Nettostichprobe; von der Nettostichprobe werden alle relevanten Ausfälle abgezogen, so dass sich der Anteil davon in Relation zur Nettostichprobe die Ausschöpfungsquote ergibt.

⁸⁸⁷ Vgl. Scholl S. 34.

⁸⁸⁸ Vgl. Dobel S. 122.

⁸⁸⁹ Vgl. Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 22.

Ausfälle aufgrund von Nichterreichbarkeit werden zunächst durch wiederholte Kontaktaufnahmeversuche zu minimieren versucht. Hierzu kann es ratsam sein, Nachbarn zu befragen, wann die Zielperson für gewöhnlich zu Hause ist, und es zu verschiedenen Tageszeiten und Wochentagen, v. a. auch am Wochenende, erneut zu versuchen. Personen, die beim ersten Kontaktversuch verreist oder krank waren, können, sofern mit dem Zeitplan der Untersuchung vereinbar, nach ihrer Rückkehr oder Genesung aufgesucht werden. Im Hinblick auf die retrospektive Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung spielt der Zeitunterschied zwischen der ersten Kontaktaufnahme und der eventuell weit- aus späteren, tatsächlich durchgeführten Befragung voraussichtlich keine allzu große Rolle. Auch eine entsprechende Auswahl, Schulung und Kontrolle der Interviewer hilft Ausfälle aufgrund von Nichterreichbarkeit zu verhindern. Es ist darauf zu achten, dass die Interviewer die erneuten Kontaktversuche auch tatsächlich unternehmen und dies im Anschluss auch zu honorieren, etwa durch eine Bezahlung nach Arbeitsstunden und nicht pro Interview.

Wie bereits kurz angedeutet kann sich auch das Verhalten der Interviewer entscheidend auf die Verringerung der Ausfälle aufgrund Verweigerung auswirken. Geschulten Interviewern gelingt es gewiss leichter, bei den zu befragenden Personen Interesse für die Thematik der Untersuchung und damit die Bereitschaft zur Mitarbeit zu wecken. Darüber hinaus empfiehlt es sich, die Befragten über den Sinn und die Notwendigkeit von Befragungen sowie über den Auswahlmodus aufzuklären und die Anonymität wiederholt explizit zuzusichern. Ankündigungs- bzw. Begleitschreiben können dem Befragten sowohl die inhaltliche Problematik als auch den Anlass des Interviews schildern, was ebenfalls die Ausfallzahlen verringert.

Ausfälle stellen zwar zum Teil ein großes Problem dar, wiegen jedoch nicht so schwer wie zuweilen vermutet, schließlich stellt der Ausfallfehler nur eine von vielen möglichen Fehlerquellen dar. So wären etwa bei einer Vollerhebung die sachlichen und personellen Fehlerquellen von derart großer Bedeutung, dass eine Stichprobenauswahl trotz des nur bei ihr vorkommenden Auswahlfehlers zuverlässigere Ergebnisse lieferte.⁸⁹⁰ Zudem ist der Auswahlfehler berechenbar, wodurch sich die damit verbundene Unsicherheit mindern lässt, was auf die meisten anderen Fehler nicht zutrifft.

⁸⁹⁰ Vgl. Böltken S. 219.

g) Korrekturverfahren und Gewichtungen

Insbesondere bei der geschichteten Zufallsauswahl sind aufgrund mehrerer Faktoren Verzerrungen möglich, welche die Repräsentativität des Ergebnisses beeinträchtigen. So sind unter anderem sowohl die unterschiedliche Wahrscheinlichkeit im Rahmen der disproportionalen Schichtung als auch die oben genannten Ausfälle zu berücksichtigen.

Bei der disproportionalen Schichtung vollzieht sich dies im Zuge der Datenauswertung über eine unterschiedliche Gewichtung der Mitglieder der einzelnen Schichten. Die Gewichtung erfolgt mit dem reziproken Wert der Auswahlwahrscheinlichkeit, d. h. ein Element mit hoher Auswahlwahrscheinlichkeit erhält ein niedriges Gewicht und umgekehrt. Da diese Gewichtungsfaktoren bereits beim Design der Stichprobe bekannt sind, werden sie als „Design-Gewichte“ bezeichnet.⁸⁹¹

Schon bei der Ziehung ist auch die Gewichtung der Haushaltsstichproben nach Ländern und Gemeindegröße unerlässlich. Um eine repräsentative Auswahl der Stichprobe zu erhalten, müssen die Sampling-Points hierarchisch aufgelistet werden und nach Bevölkerungsanzahl proportional bei der Ziehung ins Gewicht fallen, sodass auf größere Bevölkerungsordnungen (wie größere Gemeinden) mehr Ziehungen als auf kleinere Bevölkerungsordnungen (wie kleinere Gemeinden) fallen.⁸⁹²

Als gravierender erweisen sich allerdings die systematischen Ausfälle einer Erhebung.⁸⁹³ Wie bereits erläutert, können die Ausfallquoten einer Stichprobe eine erhebliche Anzahl ausmachen. Die Ansicht⁸⁹⁴, für eine Ausfallrate höher als 30 % solle die Berufung auf das Modell der Stichprobe ohnehin unterbleiben, ist in der heutigen Zeit nicht mehr aufrechtzuerhalten.⁸⁹⁵ Es stellt sich vielmehr die Frage, ob und gegebenenfalls wie sich die Ausfälle durch Korrekturverfahren oder Gewichtungen ausgleichen lassen.⁸⁹⁶

⁸⁹¹ Vgl. Schnell/Hill/Esser S. 272.

⁸⁹² Vgl. die Kurzerläuterung auf <http://www.student-online.net/Publikationen/149/>.

⁸⁹³ Die Quotenstichprobe nimmt eine solche Gewichtung bereits vorweg, weil sie nicht erreichbare Personen durch andere, gleichartige ersetzt. Dies bringt jedoch keinen methodischen Vorteil, da es damit vermehrt zu einer Befragung von Personen führt, die sich in ihrer Aufgeschlossenheit und in ihrem Interesse von den anderen Personen der Quotenvorgabe stärker unterscheiden können als es bei einer Zufallsauswahl der Fall ist.

⁸⁹⁴ Vgl. Müller S. 128.

⁸⁹⁵ Vgl. Loschelder/*Pflüger* § 42, Rn. 22.

⁸⁹⁶ Ausführlich zu den Korrekturverfahren für „Unit-Nonresponse“ vgl. Schnell/Hill/Esser S. 307 ff. und Madow/Nisselson/Olin: „Incomplete data in sample surveys“, New York, 1983.

Die älteren Verfahren der sog. Randomausfallgewichtung basieren auf der Annahme, es handle sich um eine homogene Teilgruppe der Bevölkerung, die durch einfache demografische Variablen bestimmbar ist und für die nur absolut zufällige Ausfälle auftreten. Hierauf basierende Korrekturverfahren sind bei der Befragung inhomogener Gruppen daher theoretisch nur schwer zu rechtfertigen.

Hierzu zählt auch das oftmals in der Demoskopie verwendete Redressment⁸⁹⁷. Es beschreibt die Angleichung der Häufigkeiten demografischer Merkmale durch Gewichtungsverfahren in der Stichprobe an die Häufigkeiten in der Grundgesamtheit. Dies erfolgt, indem man zunächst den Personenanteil in der Grundgesamtheit für jede Zelle einer Kreuztabelle demografischer Merkmale durch den in der Stichprobe erhaltenen oder geschätzten Personenanteil in dieser Zelle dividiert. Hierdurch erhält man den Gewichtungsfaktor, mit dessen Hilfe sich die Häufigkeiten angleichen lassen.⁸⁹⁸ Bei der mehrstufigen Zufallsauswahl geht der Gewichtungsprozess auch mittels aufeinanderfolgenden Faktorengewichtungen vor sich. So kann zunächst die Gewichtung der Haushaltsstichprobe nach Ländern und Gemeindegrößenklassen die Abweichung vom ursprünglichen haushaltsproportionalen Sample-Ansatz korrigieren und die Gewichtung der Personenstichproben nach Ländern, Alter und Geschlecht die Abweichung in den Alters- und Geschlechtsstrukturen anhand der Daten der amtlichen Statistik bereinigen.

Die Randomausfallgewichtung durch das Redressment-Verfahren führt allerdings lediglich zu einer Verdeckung der Ausfälle, nicht aber zu einer entsprechenden Angleichung der Stichprobe an die Grundgesamtheit. Eine höhere Repräsentativität wird in Bezug auf die Personenstichprobe jedenfalls nicht erreicht.

Ebenfalls falsch wäre aber, die Ausfälle gänzlich zu ignorieren und die realisierte Stichprobe so zu behandeln, als würden keine Ausfälle vorliegen. Einer Quotenstichprobe käme es sogar annähernd gleich, ersetzte man die Ausfälle willkürlich durch andere Befragungspersonen.⁸⁹⁹

⁸⁹⁷ Vgl. hierzu Gabler/Rothe/Wiedenbeck S. 54 ff.

⁸⁹⁸ Daher auch „cell weighting“. Ist z.B. bekannt, dass in der Grundgesamtheit 48 % der Personen männlich sind und die Quote in der Stichprobe ausfallbedingt nur 30 % beträgt, so sind bei der Datenauswertung die Angaben der Männer ($48/30=1,6$) mit dem Faktor 1,6 und die der Frauen mit 0,74 ($52/70$) zu gewichten. Vgl. Schnell/Hill/Esser S. 308.

⁸⁹⁹ Vgl. Böltken S. 215 f.

Die Idee, aus beobachteten Variablen⁹⁰⁰ eine Wahrscheinlichkeit der Teilnahme zu schätzen, wird mehrfach aufgegriffen. So soll etwa die Teilnahme oder Nicht-Teilnahme an der Befragung durch Variablen vorhergesagt werden, die für Respondenten und Nicht-Respondenten bekannt seien. Die Ausfallrisikogruppen wären dann überproportional in die Stichprobe aufzunehmen oder die erhaltenen Antworten der Gruppe zuzuordnenden Personen nachträglich entsprechend zu gewichten. Allerdings weisen diese Methoden allesamt das Defizit auf, dass eine entsprechende Prognose oder Schätzung empirisch kaum nachzuvollziehen ist.

Schnell/Hill/Essex⁹⁰¹ schlagen daher statt dieser vermeintlichen Korrekturverfahren die Anwendung „multipler Imputationen“⁹⁰² vor. Hierbei werden fehlende Daten von Non-Respondenten auf der Basis theoretischer Annahmen über den Ausfallmechanismus ersetzt. „Multipel“ besagt, dass dieses Verfahren für jeden fehlenden Wert gleich mehrere Schätzwerte in mehreren Imputationsschritten liefert. Diese können anschließend zu einem Schätzwert gemittelt oder für jeden Imputationsschritt jeweils in eine neue vervollständigte Datenmatrix überführt werden. Das Ausmaß der Schwankungen zwischen den Schätzungen erlaubt eine numerische Abschätzung des Ausmaßes der durch die fehlenden Daten verlorenen Informationen. Der Vorteil des Verfahrens besteht in der Berücksichtigung der Unsicherheit aufgrund fehlender Werte oder in der Möglichkeit eines universellen Einsatzes für verschiedenste Fragestellungen. Nachteilig wirkt sich die zeitintensive Bearbeitung aus, ebenso wie die Tatsache, aufgrund des gleichen Datensatzes theoretisch eventuell unterschiedliche Ergebnisse zu erzielen. Im Fall des Verkehrsdurchsetzungsgutachtens kommt eine derartige Gewichtung deshalb nicht in Betracht, da hier nur sehr begrenzte vorgegebene Antwortmöglichkeiten vorliegen, die derart entscheidend sind, dass diese nicht aufgrund theoretischer Annahmen ersetzt werden dürfen.

⁹⁰⁰ Wie z.B. die Anwesenheit. Nach der von Politz/Simmons 1949 vorgeschlagenen Technik werden die Befragten zusätzlich befragt, wie oft Sie die letzten fünf Abende am Wohnsitz anzutreffen waren. Die Anzahl der Abende ergibt die Wahrscheinlichkeit der Ausfälle, so dass etwa derjenige, der an allen fünf Abenden anzutreffen war, das kleinste Gewicht erhält und umgekehrt. Diese Technik ist zwar die bekannteste, allerdings wird sie aufgrund ihrer mangelnden Zuverlässigkeit kaum angewandt. Im Endeffekt läuft dies auf die mehrfache Gewichtung eines anderen, zustande gekommenen Interviews hinaus, dessen Befragter mit dem nicht Angetroffenen in ermittelbaren Strukturmerkmalen identisch ist (Vgl. Friedrichs S. 220 f.).

⁹⁰¹ Vgl. Schnell/Hill/Essex S. 310.

⁹⁰² Zurückzuführen auf Rubin, D.B.; Using Multiple Imputations to Handle Survey Nonresponse, New York; 1987 und Schafer, J. L.: Analysis of Incomplete Multivariate Data, London; 1997.

Insofern erscheint die nachträgliche Gewichtung von Antworten der Personen, die den entsprechenden Ausfallrisikogruppen angehören, trotz der Bedenken vorzugswürdig.

h) Datenaufbereitung und Datenanalyse

Eine Untersuchung erhebt von den Untersuchungseinheiten, den befragten Personen, die Merkmale bzw. Antworten von Interesse. Die heutzutage in aller Regel computergestützt erhobenen Daten werden auf elektronischem Wege auf einen Server des Instituts überspielt. Alle Kontrollen, die sich auf den Ablauf der Interviews beziehen, laufen bei den programmierten Fragebögen schon während der Befragung „automatisch“ ab, weitere Plausibilitätskontrollen erfolgen später im Institut.

In der Praxis handelt es sich bei den erhobenen Daten zumeist um mehrere Variablen, die aufgrund ihrer Menge einen strukturierten Überblick erfordern. Dazu verhilft zunächst die Erstellung einer Datenmatrix, einer Tabelle, deren Zeilen jeweils eine Untersuchungseinheit und deren Spalten jeweils eine Variable (z. B. die Antwort auf eine Frage) darstellen. Bei dieser Datenvercodung erhalten alle gleichlautenden und sinngemäßen Antworten denselben Code und bilden eine Kategorie, die dann mit ihrem Prozentwert in der tabellarischen Auswertung ebenso erscheint wie die Verteilung der Antworten auf Vorgaben der geschlossenen Fragen.

Welche Antworten noch als sinngemäß zu bezeichnen sind, wie etwa welche Bezeichnung des Unternehmens noch dem Unternehmen zuzuordnen ist, trifft zwar der Sachverständige, zu überprüfen hat diese allerdings das DPMA oder das Gericht. Die richtige Zuordnung zu Kategorien setzt in der Rechtsdemoskopie eine vertiefte Sachkunde voraus, weshalb hier nur geschulte Personen tätig sein dürfen. Andererseits lieferte es keinen zusätzlichen Erkenntniswert, auch die zu jeder Kategorie gehörende Fülle von Einzelnennungen mit aufzuführen, d.im Verkehrsdurchsetzungsverfahren die Antworten für die Bemessung des Zuordnungsgrades, da dies zu Unübersichtlichkeit führen würde. Sollten sich Rückfragen zu Einzelheiten der Vercodung ergeben, müsste der Sachverständige über die Details zur Vercodung Auskunft geben.

i) Hochrechnung

Bei der Hochrechnung ist zwischen verschiedenen Verfahren zu unterscheiden. Grundsätzlich ist zwischen der freien Hochrechnung, bei der nur Informationen aus der

Stichprobe benutzt werden⁹⁰³, aber dennoch auch eine Gewichtung erfolgen kann, und den Hochrechnungsverfahren, die bei der Schätzung zusätzliche Informationen verwenden, zu differenzieren. Letztere lassen sich wiederum in gebundene Hochrechnungsverfahren (Differenzenschätzung, Verhältnisschätzung, Regressionsschätzung) und ein Verfahren mit einer nachträglichen Schichtung untergliedern. Welches der Hochrechnungsverfahren Anwendung findet, hängt davon ab, ob die Stichprobe selbstgewichtend ist oder nicht. Trifft Letzteres zu, d. h. ist die Stichprobe nicht proportional auf die Schichten aufgeteilt oder erfordern Ausfälle eine unterschiedliche Gewichtung der Schichten, sind kompliziertere Schätzwerte mit in die Hochrechnung einzubeziehen.

Die Wahl des Hochrechnungsverfahrens ist Teil der Gesamtproblematik, die das Stichprobenverfahren ausmacht. Denn einerseits hängt die Hochrechnung in hohem Maße von den anderen Entscheidungen des Stichprobenverfahrens ab, z. B. von den Besonderheiten der Auswahl, wie etwa der Mehrstufigkeit, oder von der Anwendung verschiedener Auswahlansätze in den einzelnen Schichten, andererseits beeinflussen die Möglichkeiten der Hochrechnung die anderen Entscheidungen bei der Wahl des Stichprobenverfahrens.

Bei der Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung kommt, wie überwiegend in der Praxis, die freie Hochrechnung zum Tragen. Dabei reicht es aus, lediglich den Merkmalswert, den Stichprobenumfang (evtl. in Schichten getrennt) und den Umfang der Gesamtheit (evtl. in Schichten getrennt) zu beachten.

11. Fehlerquellen beim Interview

Bei einer demoskopischen Erhebung bestehen zahlreiche potenzielle Fehlerquellen, die in jedem Verfahrensstadium und sowohl beim Random- als auch beim Quoten-Verfahren auftreten sowie den Erkenntniswert eines Gutachtens stark beeinträchtigen können. In der Literatur existieren hierzu verschiedene Fehlerschemata, die entweder deskriptiv oder analytisch auf die verschiedenen Fehler einer Erhebung eingehen. Böltken⁹⁰⁴ klassifiziert Fehler nach vier Hauptkategorien, die den verschiedenen Erhebungsstufen entsprechen:

⁹⁰³ Daneben können noch Informationen benutzt werden, die für die Ziehung der Stichprobe nötig waren, vgl. Neubäumer S. 194.

⁹⁰⁴ Vgl. Böltken S. 221. Zu den einzelnen Unterpunkten wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

- Fehler bei der Planung und Vorbereitung (z. B. Auswahlverfahren, Festlegung der Auswahlgesamtheit, Abfassung des Fragebogens usw.)
- Fehler bei der Auswahl der Erhebungseinheiten (Verzerrung der Erhebungsauswahl durch bewusste oder unbeabsichtigte Abweichung vom festgelegten Auswahlplan, Ausfälle, eigentliche Auswahlfehler)
- Fehler bei der Befragung (Beeinflussung der Antworten durch Interviewer, falsche Antworten des Befragten, Missverständnisse zwischen Interviewer und Befragtem, Verweigerung der Antwort auf einzelne Fragen)
- Fehler bei der Aufbereitung und Auswertung (z. B. Auszählung, Hochrechnung usw.)

Berechenbar ist bei diesen Fehlerquellen jedoch nur der eigentliche Auswahlfehler selbst, während sich die Auswahlverzerrungen sowie die meisten Verfahrensfehler nur durch ständige Kontrollen sowie sorgfältige Planung und Organisation der Erhebungs- und Auswertungsarbeit einschränken lassen und in ihrer Größe und Richtung lediglich abgeschätzt werden können.

Die meisten der angesprochenen potenziellen Verzerrungsquellen wurden bereits in den entsprechenden Unterkapiteln besprochen, sodass an dieser Stelle lediglich diejenigen Fehlerquellen zur Diskussion stehen, die das Befragungssubjekt, der Interviewer, und das Befragungsobjekt, der Befragte, verursachen.

a) Interviewer als Fehlerquelle

Das Verhalten des Interviewers ist offensichtlich von großer Bedeutung für die Qualität der Untersuchungsergebnisse. Während Fragebogen, Auswertung und Schlussfolgerungen der Kontrolle späteren Benutzern zur Verfügung stehen, sind Fehler beim Interviewen von Außenstehenden gar nicht und vom Forschungsleiter oft nur schwer zu erkennen. Bei der Beurteilung der Fehler ist zwischen zufälliger (error) und systematischer (bias) Einflussnahme sowie bewusster Fälschung zu unterscheiden. Die Fehler durch einen Interviewer bzw. die Möglichkeiten, diese Fehler zu beheben oder einzuschränken, basieren grundsätzlich auf zwei Annahmen: Zum einen handelt es sich beim Interviewen nicht um eine Profession, sondern um eine Nebenbeschäftigung. Die Interviewer arbeiten für ein Honorar mit begrenzter Zeit für diese Tätigkeit. Zum anderen fallen das Interesse der Interviewer und auch ihr Wissen an bzw. über die Tätigkeit geringer aus als die des sachverständigen Soziologen. Zur Vermeidung von Verzerrungseffekten müssen demnach diese Mängel Berücksichtigung finden.

aa) Die Lehre vom Interviewer

Eine Aussage bezüglich Kriterien „richtigen“ Interviewerverhaltens ist nur schwer zu treffen, da keineswegs eine einheitliche Vorstellung hinsichtlich des wünschenswerten Idealverhaltens im Interview existiert. Die Aufgabe des Interviewers besteht darin, den Befragten in seine Rolle einzuführen. Dies inkludiert ein spezielles Verhalten: Der Interviewer sollte Ruhe, Wärme und Offenheit (als Gegensatz etwa zu Intoleranz) ausstrahlen. Der Befragte darf nicht den Eindruck gewinnen, es handle sich um eine Prüfungssituation.⁹⁰⁵ Grob sind drei Modelle zu unterscheiden: Die Konzeptionen des „weichen Interviews“, des „neutralen Interviews“ und des „harten Interviews“.

Im Fall des „weichen Interviews“ sollte der Interviewer ein Vertrauensverhältnis zum Befragten herstellen, indem er jede Gelegenheit zur Demonstration seiner Sympathie gegenüber dem Befragten als Person – nicht jedoch gegenüber seinen konkreten Ansichten – benutzt.⁹⁰⁶ Wichtig ist dabei, dass der Interviewer empathisch auf den Befragten eingeht und diesem das Gefühl vermittelt, als Partner eine gemeinsame Aufgabe zu lösen („kooperatives Interview“).

Die „harte“ Linie, die beim Interview eine eher autoritäre Haltung gegenüber dem Befragten bevorzugt, kommt im Rahmen der kommerziellen Marktforschung und beim Verkehrsdurchsetzungsgutachten nicht zum Einsatz.

Der „neutrale Interviewer“ dient prinzipiell nur als Forschungswerkzeug und Berichterstatter bezüglich der Reaktionen des Befragten. Ziel ist es, eine möglichst gleichartige Stimulisituation⁹⁰⁷ zu schaffen und größtmögliche Objektivität zu sichern. Im Idealfall zeitigt der Austausch des Erhebungssubjekts keinerlei Auswirkungen auf die Reaktionen des Erhebungsobjekts.

Die Sozialforschung verwendet eine modifizierte Form des neutralen Interviews. Priorität besitzt zwar die Übermittlung der Stimuli bzw. die korrekte Berichterstattung, wobei aber nicht das persönliche Geschick des Erhebungssubjekts, sondern die Interviewvorlage entscheidend für die Angemessenheit der Ergebnisse sein sollte. Zugleich sind jedoch auch wichtige Fähigkeiten des Erhebungssubjekts zu nutzen, um etwa den zunächst die Befragung ablehnenden Befragten zu stimulieren und damit auch Ausfälle zu vermeiden. Ebenso unbenommen sollte dem Interviewer bleiben, Fragen erneut zu

⁹⁰⁵ Vgl. Friedrichs, S. 216.

⁹⁰⁶ Vgl. Scheuch in König Bd. 2, S. 96.

⁹⁰⁷ Also eine Situation, in der die emotionalen, kognitiven und physischen Reize (=Stimuli) möglichst unverändert bleiben.

erläutern, ungenügend erscheinende Antworten zu klären und auf die dem Interview zugrunde liegenden Bedingungen zu achten (z. B. Abwehr der Einflussnahme Dritter).

Der Interviewer sollte darüber hinaus über bestimmte Eigenschaften verfügen. Neben Intelligenz⁹⁰⁸, Kontaktfähigkeit, „blinder Pedanterie“ (d. h. die Fähigkeit, den vorgegebenen Fragebogen nicht zu variieren und als Berichterstatter der Reaktionen des Befragten auch genau diese zu dokumentieren) sowie einem Interesse für Menschen ist zudem ein Charakterzug gefragt, der etwa einer „moralischen Widerstandskraft“ entspricht und somit die Ehrlichkeit des Interviewers bei der Ausübung seiner Tätigkeit bezeichnet.⁹⁰⁹ Ob der Interviewer diese Fähigkeiten aufweist, zeigen bestimmte Testverfahren wie beispielsweise Probeinterviews. Bildung und Beruf sind weniger von Bedeutung. Auch gute orthografische Kenntnisse oder die richtige Aussprache von Fremdwörtern sind teilweise verzichtbar, wenn es allein auf die Wirkung des Interviewers und auf die Bedürfnisse an die Qualifikation bei bestimmten Befragungsobjekten ankommt.⁹¹⁰ Im Bereich der rechtsdemoskopischen Gutachten sind derartige Fähigkeiten im Hinblick auf die z. T. komplizierteren Fragestellungen unabdingbar.

bb) Fälschungen

Zunächst ist zu beachten, dass ein breites Spektrum an Fälschungen möglich ist. Am gravierendsten wirken sich vollständig gefälschte Interviews aus. Während dies aufgrund der Häufigkeitsverteilung verschiedener Antworten speziell bei Listenfragen oder der teilweisen Stereotypie und Originalität der Antworten auf offene Fragen unübersehbar zu Tage treten würde, ist ein Fragebogen im Rahmen eines Verkehrsdurchsetzungsgutachtens subtiler und leichter zu fälschen, wenn sich der Interviewer anhand einiger tatsächlich durchgeführter Interviews bereits ein Bild über den Durchsetzungsgrad und die Reaktionen der Befragungsobjekte machen konnte. Häufig sind die Fälschungen dann unter bloßer Zugrundelegung der gesammelten Daten im Nachhinein nicht mehr aufzudecken.

⁹⁰⁸ Das bedeutet, der Interviewer muss die Intelligenz besitzen, die gegebenen Anweisungen zu verstehen, den Sinn der Antworten auch bei längeren Erklärungen zu erfassen und das Wesentliche davon festzuhalten.

⁹⁰⁹ Vgl. Noelle-Neumann/Petersen S. 319 ff., 331.

⁹¹⁰ Noelle-Neumann/Petersen S. 319, als Beispiel wird ein Interviewer auf dem Land herangezogen, der guten Kontakt zur Landbevölkerung finden soll, und deshalb keine sicheren orthografischen oder Fremdsprachenkenntnisse besitzen müsse. Andererseits müsse der Interviewer aber die Begabung haben, vom Befragten falsch ausgesprochene Wörter und Namen zu erkennen und sie unbefangen hinnehmen.

Des Weiteren kann eine bewusste Interviewerfälschung auch dergestalt vorkommen, dass sich der Interviewer nicht an die vorgegebenen Merkmale und Quoten einer Quotenstichprobe hält oder sich über die Zufallsauswahl einer Wahrscheinlichkeitsauswahl hinwegsetzt, indem er statt der nach dem Schwedenschlüssel auszuwählenden Person in einem Haushalt eine andere befragt, da diese gerade erreichbar ist.

In der Praxis würde der Interviewer in solch einem Fall seinen Vergütungsanspruch für die gesamte Interviewreihe verlieren und selbstverständlich auch für weitere Interviews nicht mehr infrage kommen. Strafrechtliche Folgen im Hinblick auf § 263 StGB hat der Interviewer dagegen nicht zu befürchten.

cc) Unbewusste Fehler

Zufällige Fehler können darin bestehen, dass der Interviewer bei gestützten Fragen aus Versehen falsche Antwortkategorien ankreuzt oder bei offenen Fragen aufgrund selektiver Wahrnehmung eine andere als die vom Befragungsobjekt abgegebene Antwort notiert. Verzerrungen treten möglicherweise ein, wenn Fragen nur abgekürzt vorgelesen werden, den Fragen etwas hinzugefügt wird⁹¹¹ oder sich die Aufklärungshilfe, insbesondere hinsichtlich juristischer Fachtermini, als unzutreffend erweist und der Befragte die Fragen bzw. den Untersuchungsgegenstand deshalb falsch versteht.

Möglich ist auch eine Einflussnahme durch die Person des Interviewers selbst, etwa in Form einer suggestiven Beeinflussung aufgrund der Tonlage bei der Frageformulierung oder aufgrund einer Antworthilfe durch zustimmendes Nicken oder gleichbedeutende Äußerungen. Gleichfalls kann sich die Sympathie oder Antipathie, die der Befragte gegenüber dem Befragungssubjekt empfindet, auf die Antwort oder die Bereitschaft zu antworten auswirken.⁹¹² Der Einfluss der persönlichen Überzeugung des Interviewers weist bei einem Verkehrsdurchsetzungsgutachten hingegen kein Verzerrungspotenzial auf, da es sich hierbei um die Feststellung von Wissen und nicht von Meinungen der Befragungsobjekte handelt.

Der Spielraum für den Einfluss eines Interviewers lässt sich dabei umso mehr reduzieren, je vollkommener die Strukturierung des Fragebogens ist. Bei einem Fragebogen

⁹¹¹ Eine dadurch bedingte Verzerrung tritt bei erfahrenen Interviewern häufiger auf als bei Anfängern, weil Letztere anfangs eher bemüht sind, sich strikt an den Fragebogentext zu halten.

⁹¹² Vorstellbar ist etwa, dass sich der Befragte zunächst antwortbereit zeigt, dann aber bereits bei der ersten Frage nach der Kenntnis des Zeichens mit Nein antwortet, da er den Interviewer als unsympathisch empfindet.

im Verkehrsdurchsetzungsgutachten sind keine besonderen Umstände zu berücksichtigen, weshalb dem unbewusst erfolgenden Interviewereinfluss daher eine äußerst geringe Relevanz zukommen dürfte.

dd) Fehlereinschränkung

Die durch den Interviewer verursachten Verzerrungen lassen sich durch eine Qualitätssteigerung des Interviewerstabes reduzieren. Dies erfolgt zunächst am besten durch eine kontinuierliche Schulung und Betreuung. Die Interviewerschulung soll dem Interviewer näherbringen, wie er sich beim Interview richtig verhält.⁹¹³ Darüber hinaus lernt er, was es mit der demoskopischen Begutachtung auf sich hat, wie die Auswahl erfolgen muss, wie die Dokumentation⁹¹⁴ durchzuführen ist und Ähnliches.⁹¹⁵ Diesbezüglich werden allgemeine Schulungsreferate bis hin zu einer individuellen Betreuung der Interviewer organisiert. Die meisten Schulungen hält das Institut zentral auf elektronischem Wege ab. So lässt die Organisation Probeinterviews führen und wertet diese aus, um gegebenenfalls Mängel zu beseitigen. Schulungen, egal welcher Art, sind zweifellos aufwendig und erhöhen die Kosten, dennoch sind sie unerlässlich, um die Gültigkeit der Antworten zu erhöhen. Die Schulung vor der Durchführung eines konkreten Gutachtens erstreckt sich auf folgende Punkte:⁹¹⁶

➤ Erläuterung der Studie⁹¹⁷

⁹¹³ Atteslander/Kneubühler S. 22 sehen darin ein Dilemma, da es den „idealen Interviewer“ nicht geben kann und auch keine allgemeingültige Kenntnis über das „verzerrungsfreie“ Verhalten an sich gibt. Allerdings lassen sich zumindest Grundprinzipien bei der Schulung trainieren und Reaktionen auf bestimmte Interviewgegebenheiten einstudieren. Noelle-Neumann/Petersen S. 318 f. weisen jedoch darauf hin, dass sich die Schulung auf ein Mindestmaß beschränkt und sich die wichtigsten Eigenschaften eines Interviewers ohnehin nicht aneignen lassen.

⁹¹⁴ Neben den Antworten sind dies allgemeine Angaben: u.a. Nr. des Interviews, Datum des Interviews, Dauer des Interviews (Tageszeit von... bis... Uhr), Anwesenheit Dritter, Ort der Befragung.

⁹¹⁵ Der Interviewer soll nicht zu einem Fachmann der Sozialforschung trainiert werden, weil die Interviewer diese Fachkenntnis nicht benötigen und allenfalls die Gefahr besteht, dass sie auf eigene Faust die Vorgaben variieren, um das Befragungsergebnis nach ihrer Ansicht zu verbessern, was aber auf der anderen Seite die Gefahr der Verzerrung mit sich brächte. Die Vermittlung von Prinzipien der Sozialforschung bedarf es hingegen auf jeden Fall.

⁹¹⁶ Vgl. Friedrichs S. 214.

⁹¹⁷ Vida GRUR Int. 1989, 267, 270 bringt vor, dass die fehlende Kenntnis des Interviewers vom Ziel der Umfrage ein wichtiges Merkmal für eine demoskopische Untersuchung sei, zumindest in den USA. Auf ein Verkehrsdurchsetzungsgutachten dürfte dies aber nicht übertragbar sein. Der Interviewer sollte für das bessere Verständnis und die gegebenenfalls nötige Aufklärungsfrage ein derartiges Wissen besitzen. Scheuch in König Band 3a, S. 75 gibt ebenfalls an, dass Interviewer im Allgemeinen besser arbeiten, wenn sie den Auswahlvorgang und die Zielsetzung einer Untersuchung verstehen. Dagegen ließ sich kein positiver Effekt feststellen, wenn der Interviewer auch an der späteren Verwertung der Fragebögen teilnahm, vgl. Scheuch in König Band 2, S. 107. Ob die Interviewer schriftlich oder persönlich eingewiesen wurden, ließ ebenfalls keine signifikanten Unterschiede erkennen, vgl. Scheuch in König Band 2, S. 107.

- Erläuterungen zum Fragebogen
- Hinweise zur Einführungsformel
- Verhaltensregeln zur Erhebungssituation, insbesondere zum nonverbalen Verhalten
- Zahl der Interviews pro Interviewer (maximal 15), Zahl der Besuche pro Adresse (üblich sind drei Besuche), geografische Verteilung der Adressen nach Wohnort der Interviewer, Ablieferungstermine
- Honorare, Fahrtkosten, Ausfallhonorare für nicht zustande gekommene Interviews nach drei Besuchen; Adressen für Rückfragen der Befragten und Interviewer; Ablieferungsort; Verfahren bei Ersatzadressen

Neben der Schulung der Interviewer ist auch deren Kontrolle erforderlich, um einerseits etwaiges Fehlverhalten zu korrigieren bzw. aufzudecken und andererseits Fälschungen vorab zu verhindern, indem die Kontrolle vor Fälschungen sowie einem nachlässigen Verhalten des Interviewers bei der Durchführung des Interviews abschreckt. Die Kontrolle besteht im Wesentlichen aus fünf Elementen:

1. Es werden Scheininterviews durchgeführt, bei denen sich entweder Mitarbeiter des Meinungsforschungsinstituts als Befragte interviewen lassen, ohne dass der Interviewer von dieser Eigenschaft weiß.
2. Die Interviewer werden des Öfteren kontrolliert, indem sie unter persönlicher Gegenwart einer Aufsichtsperson Befragungen durchführen.
3. Die Interviewer werden nachträglich befragt, ob und wie sie den Instruktionen Folge geleistet haben.
4. Aufgrund eines Zufallauswahlverfahrens werden mehrere Befragte telefonisch angerufen oder mittels Rückantwortkarten⁹¹⁸ befragt, um zu überprüfen, ob diese tatsächlich interviewt worden sind⁹¹⁹.

⁹¹⁸ Hierbei versendet man frankierte Karten an die Befragten mit der Bitte, durch bloßes Ankreuzen von Vorgaben mitzuteilen, ob sie kürzlich bei einer Umfrage befragt wurden, über welche Themen, wie lange das Interview gedauert hat und ob sie bereit wären, sich später wieder einmal befragen zu lassen. Damit haben Interessierte wie Nichtinteressierte ein Motiv, die Karte ausgefüllt zurückzuschicken. Bei einer unmittelbar nach Umfrage erfolgenden Postkartenkontrolle lässt sich ein Rücklauf von bis zu etwa 60 % erzielen, vgl. Noelle-Neumann/Petersen S. 371.

⁹¹⁹ Die Kontrolle sollte bei mindestens 10 %, nach Möglichkeit in 25 % aller Interviews geschehen; vgl. Bliesch S. 1025. Ergeben sich aus den Kontrollkarten oder der telefonischen Rückfrage Verdachtsmomente, muss diesen nochmals gründlich gegebenenfalls durch eine persönliche Kontaktaufnahme nachgegangen werden. Vgl. auch Dobel S. 132 f.

5. Im Zuge der Fragebogenauswertung wird nach signifikanten Abweichungen bei den Interviewern gesucht.⁹²⁰

Wenn sich ein Interviewer Fehler oder Bequemlichkeiten angewöhnt hat, z. B. Antworten nachzuhelfen oder Interviews zu fälschen, sollte man sich bereits auf der Grundlage eines bloßen Verdachts von diesem Interviewer trennen.⁹²¹ Der Versuch der Belehrung ist im Hinblick auf den Wert der gesamten Erhebung zu riskant. Die Interviewertätigkeit ist ihrer Natur nach als Gespräch unter vier Augen so schwer kontrollierbar, dass daraus entschieden Konsequenzen zu ziehen sind.

Einer sorgfältigen Arbeit käme es auch zugute, würden die Interviewer ausreichend entlohnt.⁹²² Hier wirkte es zuträglich, richtete sich das Honorar der Interviewer nicht nach der Zahl der tatsächlich durchgeführten Interviews, sondern nach der aufgewendeten Zeit. Dies könnte z. B. beim Random-Verfahren der Versuchung entgegenwirken, Interviews bei zu absolvierenden Wiederholungsbesuchen zu fälschen.

Scheuch hat hierzu eine Liste diagnostischer Fragen erstellt, aus denen Aussagen zum Kontrollaufwand der Institute resultieren.⁹²³

- Wie viele Interviews sind je sample point vorgesehen? (Als Faustregel: möglichst nicht mehr als zehn Interviews.⁹²⁴)
- Wie viele Wiederholungsversuche sind vorgesehen? (Mindestens drei sollten es sein.)
- Können die Interviewer Haushalte und Befragte „ersetzen“? Wie werden Ausfälle festgehalten? („Ersetzen“ ist ein unwirksames Verfahren für die durch Ausfälle bewirkten Verzerrungen.⁹²⁵ Es sollte immer auf einer vollständigen Registrierung der Ausfälle bestanden werden.)
- Wie wird die Auswahl der Interviewer kontrolliert? Wie wird insbesondere nachgeprüft, ob die gemeinte Person auch tatsächlich befragt wurde? (Nach-

⁹²⁰ Dies ist allerdings nur bei der manuellen Aufarbeitung der Fragebögen möglich.

⁹²¹ Vgl. Noelle-Neumann/Petersen S. 329.

⁹²² Ein gutes Honorar ist zwar keine ausreichende, aber doch eine wichtige Bedingung für gute Arbeit

⁹²³ Scheuch in König Band 3a, S. 74 f, ab Ziffer 5 bis Ziffer 11.

⁹²⁴ Das Institut für Demoskopie Allensbach beauftragt einen Interviewer nur für jeweils zwei bis drei Befragungsobjekte.

⁹²⁵ Vgl. Kap. E.I.10.f) und g).

trägliche Überprüfung von mindestens 10 % der Adressen und stichprobenartige Kontrolle der eingegangenen Fragebögen.⁹²⁶⁾

- Wie werden die Interviewer in ihre Arbeit eingewiesen? Wie wird ihre Feldarbeit beaufsichtigt?
- Wie ist der Interviewerstab zusammengesetzt? Wie hoch ist das Honorar für den Interviewer?⁹²⁷

Inwiefern ausreichende Schulungen und Kontrollen von den Meinungsforschungsinstituten durchgeführt werden, ist nicht immer transparent, da dies oftmals zu den Geschäftsgeheimnissen der Institute zählt. Müller⁹²⁸ schlug daher vor, die Gerichte oder das DPMA sollen sich vor Vergabe eines demoskopischen Gutachtens neben dem Kostenvoranschlag genaue und zugesicherte Angaben bezüglich Schulung und Kontrolle der Interviewer einholen. Einer solchen Vorlage bedarf es jedoch nicht. Es ist davon auszugehen, dass die Institute diesbezüglich einen mehr als ausreichend hohen Standard entwickelt haben, um die Repräsentativität ihrer Untersuchungen und damit auch den wissenschaftlichen sowie wirtschaftlichen Erfolg nicht zu gefährden. Den Prüfungsstellen reicht es daher aus, wenn die Repräsentativität des Gutachtens durch die Demoskopen nochmals bestätigt wird.

b) Der Befragte als „Fehlerquelle“

Die Befragung natürlicher Personen zur Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung ist naturgemäß den Verzerrungen ausgesetzt, die durch den Befragten selbst auftreten können. Am auffallendsten ist hierbei, wenn sich der Befragte überhaupt nicht äußern bzw. an der Umfrage teilnehmen will, was zu den bereits besprochenen Ausfällen führt. Darüber hinaus sind hierfür aber auch Überforderung der Gedächtnisleistung⁹²⁹ oder Verständnisschwierigkeiten bezüglich der Fragen und des Befragungsthemas als Grund

⁹²⁶ Nach Scheuch a.a.O. kann in diesem Zusammenhang auch gefragt werden, wie viele Interviewer während der letzten 12 Monate wegen unzureichender Arbeit entlassen wurden und wie diese unzureichende Arbeit festgestellt wurde. Diese Frage hat keine Relevanz, da sich das Institut hierüber wohl ohnehin nicht explizit und ehrlich äußern wird.

⁹²⁷ Aus der Zusammensetzung ließen sich eventuelle Schwierigkeiten prognostizieren; sie sei als solche aber hinzunehmen. Die Honorare gehören bei den meisten Instituten zu innerbetrieblichen Geheimnissen und werden selten offengelegt werden.

⁹²⁸ Vgl. Müller S. 170.

⁹²⁹ Besonders für den Fall einer vergangenheitsbezogenen Umfrage, vgl. hierzu Kap. E.I.5a).

denkbar.⁹³⁰ Bei Mehrthemen- oder Omnibus-Umfragen kann es außerdem zu Konzentrationsproblemen kommen. Insofern ist darauf zu achten, eine Omnibus-Umfrage nicht zu umfangreich zu gestalten. Um eine Überforderungen des Befragten zu vermeiden, sind einfache Fragen unabdingbar, wie bereits in dem Kapitel zur Fragebogenerstellung explizit ausgeführt wurde.⁹³¹

Aus der Praxis ist bekannt, dass oftmals bestimmte Antwortmuster unabhängig vom Frageinhalt bevorzugt werden. Dieses Verhalten, das sog. „response set“, tritt in vielfältiger Weise auf: als mechanische Ankreuztendenz, Bevorzugung von Neutral- und Mittelkategorien, Bevorzugung von Extrem- oder besonders gekennzeichneten Kategorien, Tendenz zum Raten, Neigung zur Abgabe sozial erwünschter Antworten („Social-Desirability-Response-Set“) und als Zustimmungstendenz („Akquieszenz“).⁹³² Besonders häufig kommt es vor, v. a. bei der Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung, dass Fragen losgelöst vom Inhalt nach einigem ergebnislosen Überlegen mit „Ja“ beantwortet werden. Diese Ja-Sage-Tendenz könnte in Verbindung mit einem Erraten des gesuchten Unternehmens zu einer Verzerrung führen. Die Praxis hat gezeigt, dass die fälschlicherweise angegebene Kenntnis des Zeichens bzw. das Raten bei einem demoskopischen Gutachten zur Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung, bei dem es auf ein bestimmtes Wissen ankommt und der Befragte seine Unkenntnis möglicherweise überspielen will, ein durchaus ernst zu nehmendes Problem darstellt.⁹³³ So haben Verkehrsbefragungen nach der Kenntnis erfundener Zeichen oder Namen offengelegt, dass 5 % der Befragten dieses Zeichen kannten, obwohl sie gar nicht existierten.⁹³⁴ Gewiss wäre diese Problematik zu entschärfen, würde allein auf den Zuordnungsgrad abgestellt und die richtige Zuordnung des Zeichens zu einem Unternehmen gefordert. Wie aber unter Kapitel D.I.7.d)ee) ausgeführt, würde daraus wiederum eine mögliche Überforderung der Befragten resultieren. Aufgrund dessen ist auf die Vernunft und Ehrlichkeit des Befragten zu vertrauen. Der Interviewer sollte jedoch trotzdem angehalten sein, den Befragten

⁹³⁰ Stimmungsschwankungen oder falsche Annahmen über den Bewusstseinsgrad, mit dem der Befragte eigenes Verhalten oder das seiner Umwelt registriert, sind beim Verkehrsdurchsetzungsgutachten dagegen nicht problematisch.

⁹³¹ Vgl. hierzu Kap. E.I.7.a); gleiches gilt bezüglich einer suggestiven Beeinflussung des Befragten.

⁹³² Vgl. Schnell/Hill/Esler S. 346 ff.; Esler S. 127.

⁹³³ Fraglich erscheint es allerdings, ob der Rateeffekt durch sog. Dummies, also eine Art Fangfragen, erstens eingeschränkt und zweitens aufgedeckt wird.

⁹³⁴ Vgl. Böhm S. 155; Böhm GRUR 1986, 290, 298 f. mit Hinweis auf LG München I HKO 18489, 75, wonach eine Phantompackung, die zwar der Form aber nicht der Farbe nach dem Vorlagemodell entsprach, bei 15 % der erwachsenen Bevölkerung und 26 % der beteiligten Verkehrskreise bekannt war, weitere 15 % bzw. 22 % waren sich unsicher.

darauf hinzuweisen und darum zu bitten, die Fragen nach dem tatsächlichen Wissensstand zu beantworten. Eine andere Möglichkeit, der Ja-Sage-Tendenz entgegenzutreten, ist nicht ersichtlich.

Im Rahmen einer Mehrthemenumfrage dürfen die Fragen bzw. die einzelnen Themen einer Omnibus-Befragung nicht isoliert betrachtet werden. Bereits vorangegangene Fragen prägen den Befragten im Laufe des Interviews, weshalb eine Konditionierung eintritt. Er antwortet dann möglicherweise bei Themen, die bereits vorkamen oder angesprochen wurden, nicht mehr unbefangen. Diesen Ausstrahlungseffekt bezeichnet man in der Forschung auch als „Halo-Effekt“.⁹³⁵ Die Beantwortung einer Frage bezieht sich dann nicht mehr auf die konkrete Frage, sondern auf ihre Beziehung zum Inhalt der vorangegangenen Fragen und Antworten. Im Rahmen der Verkehrsdurchsetzungsbefragung stellt dieser Effekt kein erhebliches Problem dar. Allerdings sind auch hier durchaus Fälle denkbar, die eine entsprechende Verzerrung hervorrufen können. Möglich scheint der Verzerrungseffekt z. B. bei Omnibus-Umfragen, deren Befragungsthemen ähnliche Produkt- oder Zeichenvarianten betreffen und bei denen der Befragte aufgrund der zusammen durchgeführten Befragung unbewusst davon ausgeht, dass die verschiedenen Zeichen dem gleichen Unternehmen zuzuordnen sind. Deshalb achten die Meinungsforschungsinstitute bei Mehrthemenumfragen auch darauf, dass bei den abgefragten Zeichen weder eine Zeichen- noch eine Produktähnlichkeit bestehen oder die Zeichen dem gleichen Unternehmen zuzuordnen sind. Im Verfahren sollten sich Gerichte, das DPMA oder die Parteien auch nicht scheuen, den Sachverständigen um Auskunft zu bitten, was darüber hinaus Inhalt der Mehrthemenumfrage war.⁹³⁶ Für gewöhnlich werden diese Informationen von den demoskopischen Instituten ohnehin vorgelegt, sodass eine gesonderte Aufforderung zumeist nicht erforderlich ist.

12. Die Methoden der Datenerhebung

Die Verfahren der Befragung lassen sich nach ihrem Kommunikationsmodus in drei Gruppen unterteilen: So existieren persönliche (face to face), telefonische und schriftliche Befragungen. Das jüngste Verfahren der Online-Befragung stellt zwar eigentlich nur eine Variante der schriftlichen Befragung dar, sie wird aber im Weiteren als eigener Punkt abgehandelt.

⁹³⁵ Vgl. Schnell/Hill/Esser S. 336.

⁹³⁶ Vgl. Müller S. 154.

a) Persönliche Befragung

Das persönliche Interview ist eine Befragungsform, die auf der beidseitigen Anwesenheit von Befragungsobjekt und Befragungssubjekt basiert. Es handelt sich um eine mündliche Form der Befragung, die durch die Hinzuziehung von Anschauungskarten, Produktbeispielen und sonstigen Darstellungen modifiziert wird. Der Terminus „Interview“ findet grundsätzlich nur für die Form des strukturierten (Frage Themen und Frageanordnung festgelegt) und standardisierten Interviews (Frageformulierung festgelegt) Verwendung. Interviews ohne Standardisierung und mit nur geringer Strukturierung werden als explorative, Intensiv- oder Tiefeninterviews⁹³⁷ bezeichnet.⁹³⁸ Im Rahmen der Verkehrsdurchsetzungsgutachten repräsentiert die mündliche Befragung in Form der standardisierten Interviews die annähernd ausschließlich eingesetzte Methode der Umfrageforschung, denn im Fall des Interviews ist der Interviewer meist darauf angewiesen, einen schriftlichen Text, eine Produktaufmachung, eine fremdsprachige oder sonst für manche schwer aussprechbare Bezeichnung, eine Farbe oder eine bestimmte Warenform vorzulegen.

Der persönliche Kontakt kann in mehrerlei Hinsicht die Qualität der Befragungsergebnisse erhöhen oder vermindern. Eine intensivere Vertrauensbasis generiert eine höhere Akzeptanz der Befragung, während unmotivierte oder unwillige Befragte leichter zur Mitarbeit angeregt werden können. Bei unverständlichen Fragen oder Antwortvorgaben ist es dem Interviewer möglich, unmittelbar Hilfestellung zu leisten. Wird eine unklare Antwort erteilt, kann der Interviewer im persönlichen Gespräch auch ergänzend nachfragen. Kommen Hilfsmittel zum Einsatz, sind diese leichter in adäquater und zweckdienlicher Form vorzulegen. Durch ein qualitatives Interview kann ein kompetenter Interviewer deshalb weitaus komplexere und genauere Informationen erlangen als beispielsweise mittels eines schriftlichen Interviews.

Nachteilig wirkt sich die persönliche Befragung hingegen auf die Kosten und den Aufwand einer Erhebung aus. So müssen mehr Interviewer eingesetzt werden, um flächendeckende Befragungen durchzuführen. Die Zeit, die für erfolglose Wiederholungs-

⁹³⁷ Ziel eines Intensivinterviews ist im Rahmen soziologisch orientierter Forschung, genauere Informationen vom Befragten mit Rücksicht seiner Perspektive, Sprache und Bedürfnisse zu erlangen. Nur unter Zuhilfenahme eines Leitfadens wird der Antwortspielraum des Befragten erweitert und eine auf die spezifischen Probleme und Bedürfnisse des Befragten angemessene Befragung erreicht.

⁹³⁸ Eine Variante des Interviews ist das Gruppeninterview. Dabei wird nicht nur eine Person befragt, sondern mehrere gleichzeitig Anwesende. Das Vorgehen hat fließende Übergänge zur Gruppendiskussion.

besuche verloren geht, könnte bei Befragungen durch Telefoninterviews effektiv für tatsächlich geführte Umfragen genutzt werden. Möglicherweise sind auch Teilpopulationen mit anderen Befragungsmethoden leichter erreichbar. Darüber hinaus gestaltet sich die Kontrolle der Interviewer schwieriger als etwa bei einer schriftlichen Befragung.

Als ambivalent ist die sich gegebenenfalls verstärkende Wirkung des persönlichen Eindrucks zu betrachten, den der Interviewer beim Befragten hervorruft, was positive, aber auch negative Effekte mit sich bringen kann. So sind Befragte beispielsweise eher geneigt, ehrliche Antworten zu geben, wenn ihnen eine Person gegenübersteht. Andererseits lassen anonymere Befragungsformen eine freiere Meinungsäußerung erwarten.

b) Schriftliche Befragung

Bei einer schriftlichen Befragung, die in der kommerziellen Marktforschung zu meist postalisch erfolgt (mailed questionnaire), erhalten die Befragten einen Fragebogen zum Ausfüllen, den sie an den Absender, für gewöhnlich das Forschungsinstitut, zurücksenden.⁹³⁹ Bei diesem Vorgehen sind vier Aspekte zu beachten:

- Notwendig ist eine auf dem neuesten Stand befindliche Adressenkartei.
- Der Fragebogen muss kurz gehalten und aus sich heraus verständlich sein.
- Die Motivation des Befragten zur Mitarbeit hängt allein vom Appell an den Befragten und vom Thema ab.
- Die Fähigkeit, den Fragebogen auszufüllen, hängt von der Auffassungsgabe und sprachlichen Leistungsfähigkeit der Befragten ab.

Die Abwesenheit eines Interviewers erzielt einen doppelten Effekt auf das Ergebnis der Befragung – einerseits positiv, da hierdurch die verzerrende Beeinflussung des Interviewers auf den Befragten ausgeschlossen ist, andererseits negativ, da der Interviewer weder motivierend noch erklärend einwirken kann.

Weitere Vorteile dieser Befragungsart liegen in dem geringen Kosten- und Zeitaufwand, in der Möglichkeit, geografisch verstreute Personen zu erreichen, und in der Tatsache, dass der Befragte mehr Zeit hat, die Fragen zu durchdenken⁹⁴⁰.

⁹³⁹ Weitere Formen der schriftlichen Befragung bestehen darin, dass man an einen Einzelnen oder aber an eine größere Anzahl in einem Raum befindlicher Personen die Fragebogen verteilt und unter Anwesenheit eines Forschungsleiters ausfüllen lässt.

⁹⁴⁰ Ob allerdings hierdurch eine durchdachtere und gültigere Antwort als im Interview gegeben wird, ist unklar; vgl. Friedrichs S. 237.

Nachteilig wirkt sich – wie bereits angesprochen – die schriftliche Befragung auf die fehlende Motivation und die damit verbundene geringe Rücklaufquote aus.⁹⁴¹ Der Anteil der zurückgesandten Fragebögen beträgt zwischen 7 % und 70 %, wodurch erhebliche Zweifel an der Repräsentativität entstehen.⁹⁴² Diese Problematik verschärft sich weiter, wenn man berücksichtigt, dass die Gründe für die Ausfälle nicht bekannt sind und daher nicht abgeschätzt werden kann, ob sie sich qualitätsrelevant oder -neutral wirken. Abgesehen von diesen Schwierigkeiten ist zudem mit einzukalkulieren, dass sich der bei der Stichprobe ausgewählte Befragte von Bekannten beeinflussen bzw. beraten lässt, der Fragebogen gänzlich von einer anderen Person ausgefüllt wird oder sich der Befragte über die Antworten vorab informiert. Die Gefahr bewusster Verfälschungen und das Einfließen taktischer Überlegungen sind bei der schriftlichen Befragung weitaus höher anzusetzen als etwa im Fall eines persönlichen Interviews.⁹⁴³ Da der Befragte den gesamten Fragebogen vor sich hat und sich somit einen Überblick über alle Fragen verschaffen kann, besteht außerdem die Gefahr des Halo-Effekts.

Die Rücklaufquote lässt sich erhöhen, indem die Motivation der Befragten durch einen Begleitbrief, ein Versprechen eines kleinen Präsensts oder ein Angebot späterer Informationen über die Umfrageergebnisse positiv stimuliert wird.⁹⁴⁴ Einfluss auf die Rücklaufquote nehmen zudem auch die Aufmachung der Sendung, die grafische Ausgestaltung des Fragebogens und der Fragebogeninhalt. Letzterer sollte derart beschaffen sein, dass er innerhalb von zehn bis fünfzehn Minuten zu beantworten ist. Der Fragebogen ist mehrfach durch Pretests auf die Praxistauglichkeit zu prüfen. Im Anschluss sind Fragebogen oder Anlagen gegebenenfalls noch zu verbessern. Hilfreich ist zudem eine Erinnerung der ausgewählten Befragungspersonen an die Rücksendung des Fragebogens. Da in der Regel die Anonymität einen Rückschluss darauf, wessen Antwort der an der Stichprobe beteiligten Befragten noch aussteht, nicht zulässt, wird der Befragte gebeten, getrennt von der Fragebogen-Sendung eine mit seinem Namen versehene Postkarte mit der Nachricht an das Institut zurückzuschicken, dass der Fragebogen ebenfalls bereits zurückgesandt wurde.

⁹⁴¹ Auf besondere Skepsis stößt die Zusicherung der Anonymität bei postalischen Befragungen, was ebenfalls zu erhöhten Ausfällen führt.

⁹⁴² Vgl. Friedrichs S. 237; Berekhoven S. 121 beziffert die Rücklaufquote dagegen auf 15 % bis 60 %.

⁹⁴³ Vgl. Noelle-Neumann/Petersen S. 316 f.

⁹⁴⁴ Eine systematische Vorgehensweise zur Optimierung schriftlicher Befragungen entwickelte Don A. Dillman: *Mail and Internet Surveys – The Tailored Design Method*, 2. Auflage Update, Hoboken, 2007. Die Arbeit enthält konkrete Vorschriften zu Design und Durchführung der Befragung.

Schriftliche Befragungen kommen für rechtsrelevante Befragungen kaum in Betracht, da ihre Nachteile im Hinblick auf die Verlässlichkeit und Gültigkeit überwiegen. Nur wenn es sich bei den beteiligten Verkehrskreisen um spezifische Fachkreise handelt, kann eine derartige Befragung angezeigt sein.

c) Telefonbefragung

In der kommerziellen Markt- und Meinungsforschung hat sich das Telefoninterview zum mittlerweile wichtigsten Befragungsinstrument entwickelt. Telefoninterviews erlauben Rückfragen sowie zusätzliche Veranschaulichungen, während Erscheinungsbild und Auftreten des Interviewers keine Rolle spielen. Für Skepsis sorgt jedoch die Tatsache, dass sich der Interviewer bei der Kontaktaufnahme nicht legitimieren kann und somit bereits auf eine der Befragung vorsichtig bis ablehnend gegenüberstehende Person trifft.⁹⁴⁵ Auch kann der Interviewer keine Anschauungsbilder oder Warenexemplare, Farben, Formen oder Ähnliches präsentieren. Der wesentliche Vorteil des Telefoninterviews besteht jedoch in der Kürze der Zeit, die seine Durchführung beansprucht. Eine Befragung sollte dabei nicht länger als zehn bis fünfzehn Minuten dauern,⁹⁴⁶ da die Art der Befragung größere Anforderungen an die Aufmerksamkeit und Konzentration der Befragten stellt und in diesen Fällen auch ein spontaner Abbruch des Gesprächs viel leichter fällt als bei einem mündlich direkten Interview. Da die Interviewer zentral arbeiten, sind sie besser zu kontrollieren und die Interviews laufen einheitlicher ab. Auf die Interviewumgebung kann hingegen kein Einfluss ausgeübt werden, sodass z. B. die Befragten eventuell durch Dritte abgelenkt sind. Allerdings nimmt auch der Einfluss des einzelnen Interviewers zu, weil er eine größere Anzahl von Interviews durchführt. Die Kostenersparnis fällt demgegenüber relativ gering aus, da die Kosten der Feldarbeit und damit der eigentlichen Befragung nur etwa ein Drittel der Gesamtkosten einer Umfrage ausmachen.⁹⁴⁷

Die Stichprobenbildung erfolgt aufgrund der recht hohen Telefondichte und der Tatsache, dass eine Vielzahl von Telefonnummern nicht mehr in Telefonbüchern enthalten ist, mittels Zufalls-Ziffern-Anwahl (Random-Digit-Dialing)⁹⁴⁸.⁹⁴⁹ Für die Stich-

⁹⁴⁵ Dem kann entgegen gewirkt werden, indem man vorab Mitteilungen über die geplante Befragung versendet oder anderweitig, etwa durch Radio, öffentlich publik macht.

⁹⁴⁶ Vgl. Mayer S. 102.

⁹⁴⁷ Vgl. Noelle-Neumann/Petersen S. 309.

⁹⁴⁸ Vorteil dieser Methode ist die Tatsache, dass damit auch Geheimnummern in die Stichprobe gelangen. Da aber viele der generierten Nummern gar nicht existieren und der Streuungsverlust relativ

probenauswahl werden zudem Mastersamples mit etwa vier bis acht Millionen Privatnummern generiert, die einen schnellen Rückgriff ermöglichen. Als erheblicher Nachteil ergibt sich jedoch die mangelhafte Repräsentativität dieser Erhebung, da sich z. B. viele Menschen nicht in diese Verzeichnisse eintragen lassen oder nicht einmal über einen Telefonanschluss verfügen. Zudem liegt die Verweigerungs- und Interviewabbruchrate höher als beim persönlichen Interview.

Ausschließlich zum Zweck der Ziehung von Befragten, die Fachkreisen zuzuordnen sind, erfolgt ein Rückgriff auf entsprechend öffentlich zugängliche Verzeichnisse mittels Adress-Random.⁹⁵⁰

Im Bereich des Verkehrsdurchsetzungsverfahrens stellt die telefonische Befragung deshalb eher eine Ausnahme dar. Da häufig bestimmte Farben und die wesentliche Gestaltung eines Zeichens maßgeblich sind, stößt diese Methode schnell an ihre Grenzen. Muss der Gegenstand der Befragung allerdings nicht durch die Vorlage einer Abbildung oder eines Kärtchens veranschaulicht werden, kann eine Befragung in Form eines Telefoninterviews in Betracht kommen.⁹⁵¹ Bei Wortzeichen, auf die das zutrifft, ist es zwingend erforderlich, dass der Interviewer auf eine eindeutige Aussprache achtet.⁹⁵² Als Parteigutachten können telefonische Befragungen allerdings den Vortrag erhärten oder als Indiz für die Verkehrsdurchsetzung herangezogen werden.⁹⁵³

groß ist, wendet man auch die Zufalls-Additions-Methode (Random-Last-Digit-Dialing) an. Dabei werden im ersten Schritt Nummern aus dem Telefonbuch ausgewählt und im zweiten Schritt die letzte oder die letzten beiden Ziffern zufällig ergänzt. Allerdings können mit diesem modifizierten Verfahren Geschäfts- und Privatnummern nicht unterschieden werden und es kann keine vorherige Mitteilung über die geplante Befragung erfolgen.

⁹⁴⁹ Die Stichprobenauswahl über Telefonbücher ist heutzutage nur noch sehr selten, da nicht mehr jeder Haushalt über ein Festnetztelefon verfügt und rund 1/3 aller Haushalte mit Festnetz gar nicht mehr im Telefonbuch enthalten sind, so dass die Grundgesamtheit nicht mehr vollständig abgedeckt wird. Nicht in Frage kommt die Methode, die die Befragungspersonen etwa über das Einwohnermelderegister auswählt und erst nachträglich die Telefonnummern ermittelt, da dies zu aufwendig ist und tatsächlich auch nicht möglich.

⁹⁵⁰ Etwa bei Rechtsanwälten durch die Kammerverzeichnisse. Vgl. Dobel S. 121.

⁹⁵¹ Vgl. Eichmann GRUR 1999, 939, 952 f.

⁹⁵² Vgl. im Umkehrschluss: BPatG GRUR 2004, 61, 62 – BVerwGE: Der Senat hatte gegen die gemeinsame Befragung der drei Zeichen „BVerwGE, BSGE, BGHSt“ keine Bedenken, sofern die drei Zeichen den Befragten auf einem gesonderten Blatt zur Ansicht vorgelegt und nicht vorgelesen werden. Dies erschien deshalb wichtig, weil die Zeichen in unterschiedlicher Weise ausgesprochen werden könnten und die Befragten die Zeichen je nach Art der mündlichen Wiedergabe möglicherweise unterschiedlich wahrnehmen würden; vgl. auch Fezer/*Fink*, Nationales Markeneintragungsverfahren DPMA, Rn. 337.

⁹⁵³ Vgl. BPatG vom 08.05.2007, Az.: 33 W (pat) 128/05, Nr. 46 – KAUF LAND und aus dem Umkehrschluss zu BPatG vom 13.08.2008, Az.: 29 W (pat) 61/07, Nr. 37 – Farbmarke Sonnengelb, BPatG GRUR 2008, 428, 430 – Farbmarke Rot.

d) Neue Methoden

Ergänzend zu den herkömmlichen Verfahren der Befragung existieren mittlerweile auch computerunterstützte Befragungsverfahren (Computer Assisted Personal Interviewing (CAPI)). Dabei ist zwischen Methoden zu unterscheiden, die den Computer lediglich als Hilfsmittel der Befragung heranziehen, um die Planung, Durchführung und Verwaltung der herkömmlichen Varianten kostengünstiger und effizienter zu gestalten⁹⁵⁴, und solchen, die den Computer als alleiniges Befragungsinstrument und ausschließlichen Kommunikationskanal nutzen, etwa bei Online-Befragungen⁹⁵⁵ oder einer E-Mail-basierten Befragung.⁹⁵⁶

Eine ausschließlich auf dem Computer basierende Befragung in Form von Online-Befragungen kann nur erfolgen, wenn die Definition der Grundgesamtheit auf Internetnutzer bezogen ist. Die Auswahl einer kontrollierten und bevölkerungsrepräsentativen Stichprobe ist zumindest gegenwärtig noch nicht möglich.⁹⁵⁷ Auch ist zu berücksichtigen, dass nur auf die für Befragungen freigegebenen E-Mail-Adressen zurückgegriffen werden darf, die sich allenfalls in Kundendatenbanken von Unternehmen befinden. Die Teilnahme hängt weitgehend von der Selbstselektion der Befragten ab.⁹⁵⁸ Die für Online-Befragungen herausgegebene Richtlinie des ADM⁹⁵⁹ bleibt bezüglich der Lösung dieses Problems sehr allgemein und formuliert lediglich einige ethische Regeln.⁹⁶⁰ Im Bereich der demoskopischen Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung und auch in anderen

⁹⁵⁴ Beim „Computer Assisted Personal Interviewing“ (CAPI) oder „Computer Assisted Telephone Interview“ (CATI) führt der Interviewer etwa einen Laptop mit, liest Fragen vom Bildschirm ab und erfasst die Antworten unmittelbar digital; beim „Computer Self Administrated Questionnaire“ (CSAQ) bearbeitet der Befragte unmittelbar am vom Interviewer zur Verfügung gestellten Computer den Fragebogen selbst. Vgl. zu Vor- und Nachteilen dieser Technik Scholl S. 50 ff.

⁹⁵⁵ Versendung der Fragebögen erfolgt etwa durch Posten des Fragebogens auf einer Internetdomain, durch Hinterlegung des Fragebogens auf einem Webserver, der von den Befragten über Abruf eines Links eingesehen werden kann. Aufmerksam gemacht werden kann der Befragte mittel Öffnen eines Pop-Up Fensters oder Werbebannerplatzierung auf einer Internetseite mit entsprechender Bitte zur Teilnahme an der Befragung.

⁹⁵⁶ Denkbar ist mittlerweile auch ein Online-Interview mittels Webcam und/oder Headset.

⁹⁵⁷ Die Reichweite ist bei dem gegenwärtigen Stand der Internetdichte nicht ausreichend, etwa 70 % wären hierbei zumindest erforderlich, vgl. Berekoven S. 116.

⁹⁵⁸ Vgl. auch Dobel S. 121.

⁹⁵⁹ Abrufbar über http://www.adm-ev.de/fileadmin/user_upload/PDFS/R08_D_07_08.pdf.

⁹⁶⁰ Die Ansätze für eine Problemlösung in der Forschung sind ebenfalls nicht sehr hilfreich. Entweder sind sie unausgereift und führen zu keiner Verbesserung, oder es wäre mit zu hohen Kosten verbunden (z.B. per Zufallsstichprobe ausgewählte Personen erhalten für die Verpflichtung zur Teilnahme an der Befragung die nötige Hard- und Software), vgl. Scholl S. 55 f.

Gebieten der Rechtsdemoskopie sind die rein computergestützten Verfahren gegenwärtig nur hinsichtlich besonderer Fachkreise denkbar.⁹⁶¹

Ob die demoskopischen Befragungen mittels computergestütztem Verfahren durchgeführt werden, ist abhängig von den die Befragung durchführenden Instituten. Kommt lediglich ein nebenberuflich engagierter Interviewerstab zum Einsatz, lohnt es sich nicht, die Interviewer jeweils mit entsprechenden Geräten auszustatten und zu schulen.⁹⁶² Die erhobenen Daten könnten zwar schneller gespeichert und zeitsparend auf elektronischem Wege auf einen Server des Instituts überspielt werden⁹⁶³, allerdings lägen die Kosten angesichts der großen Zahl an Interviewern und der Fluktuation zu hoch. In Zukunft dürfte die Zuhilfenahme von Computern angesichts der weiteren Verbesserung von Dateneingabe und Datenübermittlung sowie kostengünstigerer Möglichkeiten dennoch intensiviert werden. Damit entfielen eine potenzielle Fehlerquelle.

13. Die Datenschutzproblematik

Der Datenschutz spielt bei der Markt- und Sozialforschung eine wichtige Rolle. Konfliktpotenzial birgt sowohl die Stichprobenauswahl⁹⁶⁴ als auch die später durchzuführende Befragung und Verarbeitung der hierdurch gewonnenen Informationen. Eine Fülle datenschutzrechtlicher Bestimmungen, u. a. das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG),⁹⁶⁵ geben für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten, unabhängig davon, ob das unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen oder nicht automatisierten Dateien geschieht, den rechtlichen Rahmen vor. Der Anwendungsbereich des BSDG ist eröffnet, sofern bei der Meinungsforschung personenbezo-

⁹⁶¹ So z.B. bei Rechtsanwälten, da deren E-Mailadressen durch die Rechtsanwaltsverzeichnisse umfassend öffentlich zugänglich sind.

⁹⁶² So z.B. das Institut für Demoskopie Allensbach.

⁹⁶³ Nachteilig für das Interview wäre das computergestützte Verfahren insofern, als für die persönlichen Interviews die technischen Apparate unhandlich und in der Interviewumgebung einschränkend wirken, indem sie die Interaktion des Interviewers mit dem Befragten eventuell stören.

⁹⁶⁴ Grundsätzlich gilt dies nur bei einer Zufallsstichprobe, die bei der Stichprobenauswahl auf gespeicherte personenbezogene Daten zurückgreift, nicht dagegen beim Random-Route-Verfahren oder der Quotenstichprobe, da die Auswahl hier ohne die Nutzung von personenbezogenen Daten erfolgt. Ausnahmsweise haben Interviewer allerdings beim Quoten-Verfahren aus vorangegangenen Untersuchungen Kontaktdaten gespeichert, um schneller auf die in das Schema passenden Befragten zurückzugreifen. Dies erfolgt dann allerdings nur mit Einverständnis der Befragten, so dass ein datenschutzrechtliches Problem nicht auftritt.

⁹⁶⁵ Sonstige, je nach Befragungsmethode, zu beachtende Vorschriften hinsichtlich des Datenschutzes sind etwa das Gesetz über den Datenschutz bei Telediensten (TDDSG), das Telekommunikationsgesetzes TKG, die Telekommunikations-Datenschutzverordnung TDSV, das Telemediengesetz TMG und der Rundfunk-Staatsvertrag RStV.

gene Daten betroffen sind. Nach § 3 Abs. 1 BDSG handelt es sich bei personenbezogenen Daten um Einzelangaben bezüglich persönlicher oder sachlicher Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person.

a) Datenschutz bei der Stichprobenauswahl

Als Adressen gelten im Rahmen der Markt- und Sozialforschung alle Informationen, die eine unmittelbare Kontaktaufnahme mit den betreffenden Personen ermöglichen.⁹⁶⁶ Im Fall der Zufallsstichprobe bedarf es aber je nach Auswahlmodell der Auswahl von Befragungsobjekten aus Listen oder Registern.

Adressen natürlicher Personen sind grundsätzlich personenbezogene Daten und damit vom Schutz des BDSG umfasst; Adressen von Unternehmen und Organisationen nur dann, wenn sie auch Namen von Personen (Inhaber, Mitarbeiter) enthalten oder beispielsweise durch eine Funktionsbeschreibung (Leiter der Datenverarbeitung o. ä.) oder Meinungsäußerung bestimmten oder bestimmbaren Personen zugeordnet werden können. Vom BDSG nicht erfasst werden dagegen Befragungs- oder Beobachtungsdaten, die keinen Personenbezug aufweisen, da sie weder direkt über Namen und/oder Adresse noch indirekt über die Bestimmbarkeit aufgrund anderer Merkmale auf die Identität einer Person hinweisen.

Die Tätigkeit aller Markt- und Sozialforschungsinstitute fällt als geschäftsmäßiges Erheben, Verarbeiten oder Nutzen personenbezogener Daten für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung in den Anwendungsbereich des § 30a BDSG. Dieser regelt Voraussetzungen und Grenzen für diese Tätigkeit. Sie ist zulässig, wenn kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung hat. Sie ist auch zulässig, wenn die Daten aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden können oder die verantwortliche Stelle sie veröffentlichen dürfte und das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung gegenüber dem Interesse der verantwortlichen Stelle nicht offensichtlich überwiegt.

Werden Adressen allgemein zugänglichen Quellen wie Telefon- oder Adressverzeichnissen usw. entnommen, darf grundsätzlich unterstellt werden, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung

⁹⁶⁶ Also insbesondere Name und Wohnung bzw. Postanschrift, Telefonnummer, Telefaxnummer, E-Mail-Adresse und Ähnliches.

gegenüber dem berechtigten Interesse der verantwortlichen Stelle nicht offensichtlich überwiegt. Das berechtigte Interesse der verantwortlichen Stelle ergibt sich aus dem Recht, Markt- und Sozialforschung betreiben zu dürfen. Das schutzwürdige Interesse des Betroffenen tritt zurück, wenn seine Adressdaten von den Befragungsdaten getrennt und diese ausschließlich in anonymisierter Form an Dritte übermittelt werden.⁹⁶⁷

Zur Adressenermittlung dienen auch die Angaben von Einwohnermeldeämtern.⁹⁶⁸ Eine solche Adressenakquise war jedoch nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig. Das durchführende Institut musste dafür grundsätzlich im Besitz einer Unbedenklichkeitsbescheinigung sein⁹⁶⁹ und diese den infrage kommenden Einwohnermeldeämtern zusammen mit einem Empfehlungsschreiben des Auftraggebers zusenden.⁹⁷⁰ Die Einwohnermeldeämter unterliegen wiederum dem jeweiligen Landesmelde- und Landesdatenschutzgesetz sowie den dazu erlassenen Ausführungsbestimmungen. Letztere könnten zu besonderen Auflagen für das Empfängerinstitut führen, unter anderem zu der Verpflichtung, Adressen von Personen, die die Teilnahme verweigert haben, sofort und nicht erst nach Abschluss der Befragung zu löschen. Die Nutzung der von Einwohnermeldeämtern übermittelten Adressen war nur für den vorgesehenen Forschungszweck zulässig, welcher dem öffentlichen Interesse dienen muss. Mittlerweile haben sich andere Formen der Adressenakquise durchgesetzt, sodass der Rückgriff auf die Einwohnermeldeämter nicht mehr erforderlich ist.

Die Adressen der zu befragenden Personen können prinzipiell auch vom Auftraggeber übermittelt werden. Die Übermittlung von Adressen unterliegt den Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG), des Sozialgesetzbuchs (SGB), des Telekommunikationsgesetzes (TKG) oder des Telemediengesetzes (TMG).⁹⁷¹ Außerdem ist zu unterscheiden, ob eine „Übermittlung“ vorgesehen ist, bei der das Institut als Empfänger zur verantwortlichen Stelle für diese Daten wird, oder ob dem Institut die Adressen

⁹⁶⁷ Vgl. „Richtlinie zum Umgang mit Adressen in der Markt- und Sozialforschung“, abrufbar unter <https://www.adm-ev.de/index.php/richtlinien>, Ziffer 4.1.

⁹⁶⁸ Vgl. „Richtlinie zum Umgang mit Adressen in der Markt- und Sozialforschung“, abrufbar unter <https://www.adm-ev.de/index.php/richtlinien>, Ziffer 4.3. Nach dem Inkrafttreten der Änderung des Meldegesetzes, wonach die Bürger einer Weitergabe der Daten explizit zustimmen müssen, ist diese Art der Adressakquise wohl bald nicht mehr von Bedeutung.

⁹⁶⁹ Die Unbedenklichkeitsbescheinigung wird vom Innenministerium des Bundeslandes, in dem das Institut seinen Sitz hat, ausgestellt.

⁹⁷⁰ Vgl. „Richtlinie zum Umgang mit Adressen in der Markt- und Sozialforschung“, abrufbar unter <https://www.adm-ev.de/index.php/richtlinien>, Ziffer 4.3.

⁹⁷¹ Vgl. „Richtlinie zum Umgang mit Adressen in der Markt- und Sozialforschung“, abrufbar unter <https://www.adm-ev.de/index.php/richtlinien>, Ziffer 4.5. ff.

im Rahmen einer Auftragserteilung nach § 11 BDSG⁹⁷² lediglich „zur Verfügung gestellt“ werden, um einen Auftrag weisungsgebunden durchzuführen. Im letzteren Fall bleibt der Auftraggeber gegenüber den Betroffenen die alleinige verantwortliche Stelle; das Institut ist nur dem Auftraggeber verantwortlich. Auch bei einer Auftragserteilung gemäß § 11 BDSG sind die berufsständischen Verhaltensregeln der deutschen Markt- und Sozialforschung zu beachten.⁹⁷³ Im Rahmen der Verkehrsdurchsetzungsgutachten dürfte eine Adressübermittlung durch den Auftraggeber selbst die absolute Ausnahme sein. Bei der Verkehrsdurchsetzung sind die Auftraggeber in aller Regel Unternehmen der freien Wirtschaft, die über potentielle Kunden, also den beteiligten Verkehrskreisen, Erkenntnisse in Erfahrung bringen wollen. Wenn diese Auftraggeber Adressen haben, dürfte es sich bei diesen allenfalls um Kundenstammdaten handeln. Die Befragung der Kunden ist selbstverständlich nicht für ein objektives Verkehrsdurchsetzungsgutachten zweckdienlich. Möglich erscheint eine Adressweitergabe des Auftraggebers nur, wenn es sich bei dem beteiligten Verkehrskreis um ein Fachpublikum handelt, das überschaubar ist, und der Auftraggeber die Daten aufgrund seiner wirtschaftlichen Tätigkeit erlangt hat, wobei es insofern höchst fraglich erscheint, ob dann die Grundgesamtheit tatsächlich zur Auswahl steht.

Wird bei einem Telefoninterview die Stichprobenauswahl nach dem RLD-Verfahren⁹⁷⁴ erstellt, erhält das Markt- und Meinungsforschungsinstitut die Nummer nicht aus einem öffentlichen Verzeichnis, sondern generiert auch sog. „Geheimnummern“. Das LG Hamburg⁹⁷⁵ hat entschieden, Telefonbefragungen bei sog. „Geheimnummern“ verletzen den Befragten in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, weshalb er einen Unterlassungsanspruch gegen das Institut geltend machen könne. Dabei würdigte es im konkreten Fall den Umstand, dass Umfragen zu Marktforschungszwecken der Werbung gleichzustellen sind, wenn sie von Marktforschungsunternehmen im Auftrag anderer Unternehmen durchgeführt werden und mittelbar der Absatzförderung dienen, insbesondere wenn Verbrauchergewohnheiten im Zusammenhang mit Produkten und Dienstleistungen der Auftraggeber erfragt werden. Allgemein verweist es für den Fall der gewerblichen Marktforschung auf die Möglichkeit, Nummern allein Ver-

⁹⁷² Im Übrigen käme eine Auskunft noch über § 75 SGB X für Adressen, die dem Sozialgeheimnis unterliegen, oder eine zur Verfügung Stellung nach § 11 BDSG oder § 80 SGB X in Betracht.

⁹⁷³ Vgl. „Richtlinie zum Umgang mit Adressen in der Markt- und Sozialforschung“, abrufbar unter <https://www.adm-ev.de/index.php/richtlinien>, Ziffer 4.5.

⁹⁷⁴ Vgl. Kap. E.I.12.c)

⁹⁷⁵ Vgl. LG Hamburg GRUR-RR 2007, 61.

zeichnissen zu entnehmen, die ausschließlich Fernsprechteilnehmer aufführen, die sich bereits mit Anrufen zu Marktforschungszwecken einverstanden erklärt haben, und hält den Lösungsanspruch aus der hierfür angelegten Sperrdatei⁹⁷⁶ generell für begründet. Das LG Hamburg verkennt allerdings, dass eine derartige Umfrage den Ansprüchen an die Repräsentativität nicht genügt und mit der Wahl einer Geheimnummer auch nicht zwingend verbunden ist, ein Anruf von einem Marktforschungsinstitut werde nicht gewünscht. Der somit bestehenden Notwendigkeit des Meinungsforschungsinstituts, zufallsgeneriert Personen zu befragen, um den Anforderungen an eine repräsentative Umfrage gerecht zu werden, steht nur eine geringfügige Beeinträchtigung der Angerufenen gegenüber, welche die Kontaktaufnahme rechtfertigt.⁹⁷⁷ Die Kontaktaufnahme für eine Umfrage zur Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens, die ohnehin keinen Werbecharakter besitzt, ist demnach also zulässig, sofern nicht eine ablehnende Haltung des Befragten bekannt ist oder im Rahmen der Befragung geäußert wird.

Lehnt eine Person die Teilnahme an einer Befragung ab und verweigert sie eine Teilnahme auch für die Zukunft *expressis verbis*, weil sie für diesen Zweck keine Daten zur Verfügung stellen möchte, darf nicht ein weiteres Mal um die Teilnahme gebeten werden. Um dies sicherzustellen, existiert eine vom ADM geführte Datenbank, die sog. Sperrdatei, in der diejenigen Adressen und Telefonnummern aufgenommen werden, von denen bekannt ist, dass ihr Adressen- bzw. Anschlussinhaber eine erneute Kontaktaufnahme ausdrücklich abgelehnt hat. Die Mitgliedsinstitute des ADM verfügen über die Möglichkeit, über ein ihnen zugeteiltes Passwort online auf die Sperrdatei zuzugreifen. Auch die Aufnahme von Adressen in die Sperrdatei stellt eine Verwendung personenbezogener Daten dar und bedarf eines Rechtfertigungsgrundes, der möglicherweise in § 35 Abs. 3 Nr. 2 BDSG zu finden ist. Danach tritt an die Stelle einer Löschung die Sperrung, soweit Grund zu der Annahme besteht, dass durch eine Löschung schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt würden. Als Sperren gilt gem. § 3 Abs. 4 Nr. 4 BDSG das Kennzeichnen gespeicherter personenbezogener Daten, um ihre weitere Verarbeitung oder Nutzung einzuschränken. Die Sperrdatei soll eine erneute Kontaktaufnahme gegen den bereits geäußerten Willen der Person verhindern, womit das schutzwürdige Interesse zu begründen ist und die Führung einer Sperrdatei gerechtfertigt er-

⁹⁷⁶ Bei der Sperrdatei handelt es sich um die Sammlung von Kontakten, die der Durchführung einer Umfrageforschung bereits widersprochen haben. Damit soll gewährleistet werden, dass die hinter den Kontakten stehenden Personen nicht nochmals für eine Befragung ausgewählt werden; vgl. hierzu den nächsten Absatz.

⁹⁷⁷ Vgl. AG Frankfurt MMR 2007, 470; AG Berlin Mitte vom 28.02.2006, Az.: 9 C 543/05.

scheint. Das LG Frankfurt⁹⁷⁸ hat dies jedoch infrage gestellt und den Rechtfertigungsgrund zu Recht abgelehnt. Der Hauptzweck der Führung der Sperrdatei liegt schließlich darin, den Mitgliedern des ADM den Zugriff zu ermöglichen und die Sperrdaten zu übermitteln, womit sich die Zulässigkeit oder Nichtzulässigkeit allein aus §§ 28, 29 BDSG ergibt. Der Erlaubnistatbestand des § 29 Abs. 1 S. 1. Nr. 1 BDSG setzt voraus, dass kein Grund zu der Annahme besteht, der Betroffene habe ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Erhebung, Speicherung oder Veränderung. Die Bejahung der Schutzwürdigkeit hängt von einer Interessenabwägung zwischen den Interessen des Betroffenen und den Interessen der verantwortlichen Stelle ab. Unter Berücksichtigung der Interessen der Marktforschung an einer repräsentativen Umfrage und der damit verbundenen Notwendigkeit, zufallsgenerierte Nummern oder Adressen einzubeziehen, sowie dem Interesse der Person, nicht mehr kontaktiert zu werden, überwiegt das Interesse der Forschungsinstitute, da die Adresse nur in abstrakter und nicht zurückverfolgbarer Form gespeichert wird. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird hierdurch nur geringfügig verletzt. Das LG Frankfurt ließ im konkreten Fall eine entsprechende Entscheidung jedoch offen, weil es das Speichern bereits angerufener und nicht mehr anzurufender Telefonnummern in der Sperrdatei eines Vereins von Meinungsforschungsinstituten aus anderen Gründen für unzulässig hielt: Datenspeicherungen seien immer dann unzulässig, wenn der Zweck, für den die Daten verarbeitet und erhoben werden, vor der Erhebung nicht konkret, schriftlich ausformuliert und verbindlich festgelegt wurde.

b) Datenschutz bei der Umfrage und den Umfrageergebnissen

Mittels einer demoskopischen Umfrage werden Informationen über die Befragungsobjekte gewonnen. Da zum Zweck einer verlässlichen Umfrage häufig auch die Erfassung von Einzelangaben über persönliche Verhältnisse wie Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit, Konfession, Beruf, Eigenschaften und Aussehen, Gesundheitszustand, Überzeugungen und Werturteile maßgeblich ist, werden manche dieser Informationen protokolliert. Solange Adressdaten und Befragungsdaten im Institut zusammengeführt werden können, gelten jedoch sämtliche aus der Untersuchung erlangten Befragungsdaten als personenbezogene Daten im Sinne des BDSG.

⁹⁷⁸ Vgl. LG Frankfurt RDV 2008, 28.

Bei der Beurteilung über die Zulässigkeit der Erhebung dieser Merkmale ist § 30a BSDG heranzuziehen. Demzufolge dürfen zu Markt- oder Meinungsforschungszwecken erhobene oder gespeicherte Daten nur für diesen Zweck verarbeitet oder genutzt werden. Daten aus nicht allgemein zugänglichen Quellen sind ausschließlich für das konkrete Forschungsvorhaben zu verarbeiten oder zu nutzen, für das sie erhoben wurden. Eine Verwendung für andere Zwecke ist nur anonymisiert zulässig, also wenn kein Personenbezug mehr hergestellt werden kann. Eine bloße Verschlüsselung oder Codierung der Informationen stellt hingegen keine Anonymisierung nach § 3 Abs. 6 BDSG dar, da diese ohne Weiteres wieder zurückgenommen werden kann. Vielmehr bedeutet eine Anonymisierung, dass die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person zugeordnet werden können.

§ 30a BSDG sieht eine Abstufung der Pflichten vor. Personenbezogene Daten müssen anonymisiert werden (§ 3 Abs. 6 BDSG), sobald dies der Zweck der Markt- oder Meinungsforschung ermöglicht. Bis dahin sind die Daten zu pseudonymisieren (§ 3 Abs. 6a BDSG), d. h. das Ersetzen des Namens und anderer Identifikationsmerkmale durch ein Kennzeichen zu dem Zweck, die Bestimmbarkeit des Betroffenen auszuschließen oder wesentlich zu erschweren. Dies darf bis auf wenige Ausnahmen nicht mehr aufgehoben werden. In der Praxis werden Adressdaten und Befragungsdaten getrennt gespeichert und mit gemeinsamen Code-Nummern versehen, um die Daten später wieder zusammenführen zu können. Diese Merkmale dürfen mit den Einzelangaben jedoch nur kombiniert werden, soweit dies der Zweck des Forschungsvorhabens erfordert. Bei Einmal-Befragungen geschieht das nur vorübergehend ausschließlich zu Zwecken der Qualitätskontrolle der erhobenen Daten; bei Folge- oder Wiederholungsbefragungen darüber hinaus – mit vorheriger Einwilligung der Befragten – bis zum Abschluss der Gesamtuntersuchung auch zur notwendigen Verknüpfung der Erhebungsdaten aus den verschiedenen Interviews.

Verstöße gegen § 30a BDSG sind bußgeldbewehrt. In Verbindung mit der Pflicht zur Speicherung der Datenherkunft (allgemein zugängliche Quellen oder nicht) sind Verstöße gegen diese Verpflichtungen auch leichter nachweisbar.

Gem. § 30a Abs. 5 i.V.m. § 28 Abs. 4 BDSG kann der Betroffene jedoch stets der Verarbeitung oder Nutzung seiner Daten widersprechen. Die sich aus dem Wider-

spruchsrecht der zu befragenden Personen ergebenden Anforderungen regelt im Einzelnen die „Richtlinie zum Umgang mit Adressen in der Markt- und Sozialforschung“⁹⁷⁹. Beim Einholen der Einwilligung erfolgt unter anderem in methodengerechter Weise ein Hinweis auf den Zweck der Untersuchung, wie es das gemeinsam mit den obersten Landesbehörden für den Datenschutz formulierte Merkblatt „Erklärung zum Datenschutz und zur absoluten Vertraulichkeit Ihrer Angaben bei mündlichen oder schriftlichen Interviews“⁹⁸⁰ vorsieht.

Die Meinungsforschungsinstitute weisen explizit auf die Anonymität und den Datenschutz hin. Den Befragten wird versichert, dass die gewonnenen Daten absolut anonym bleiben und ihre Namen nie mit ihren Antworten zusammen erscheinen sowie unter keinen Umständen an Dritte weitergegeben werden. Bei Adressen-Interviews werden Namen und Adresse des Befragten von den Antworten getrennt.

Innerhalb der Institute selbst ist die Wahrung der datenschutzrechtlichen Aspekte unerheblich, da die üblichen Verfahren bereits einen hohen Standard aufweisen und der Datenschutz infolgedessen keiner besonderen Beachtung mehr bedarf.

14. Einreichung des Gutachtens im Verfahren beim DPMA

Wurde das Gutachten im Eintragungsverfahren erstellt, ist es bei der Markenstelle einzureichen. Das eingereichte Gutachten darf sich dabei nicht auf eine bloße Zusammenstellung von Umfrageergebnissen, d. h. Tabellen und Statistiken, beschränken, sondern muss diese auch sachverständig hinsichtlich Methodik und Fehlerpotenzial interpretieren und gewichten.⁹⁸¹ Die Einreichung hat unter übersichtlichem und neutral dargestelltem Einbezug folgender Angaben zu erfolgen:⁹⁸²

- Auftraggeber
- Aufgabenstellung
- Auswahlverfahren bzw. bei Quotenbefragungen die Quotierungsmerkmale und die zugrunde liegende Soll-Struktur aus der amtlichen Statistik

⁹⁷⁹ Abrufbar über <https://www.adm-ev.de/index.php/richtlinien>.

⁹⁸⁰ Abrufbar über <https://www.adm-ev.de/index.php/richtlinien>.

⁹⁸¹ Vgl. BGH GRUR 1989, 440, 442, Nr. 33 – Dresdner Stollen I; BGH GRUR 1990, 461, 462 – Dresdner Stollen II; Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 77; Teplitzky WRP 1990, 145, 147.

⁹⁸² Vgl. Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 77; Dobel S. 136 f.

- Befragungsart
- Befragungszeitraum
- Anzahl der eingesetzten Interviewer
- Angaben zur Untersuchungskonzeption
- Karten- und Listen-Vorlagen
- Muster der vorgelegten Beurteilungsobjekte
- Kommentierung der wichtigsten rechtsrelevanten Ergebnisse
- Tabellenteil mit allen Resultaten im Detail inkl. Daten über die soziodemografische oder sonstige Zusammensetzung der Stichprobe (Geschlecht, Alter, Region, Branche, Unternehmensgröße, Stellung des Befragten im Unternehmen usw.)
- Methodenbeschreibung inkl. Art des Gewichtungsverfahrens
- Ausschöpfungsprotokoll (bei Zufallsstichproben), das auch Angaben über Art und Umfang der Ausfallgründe dokumentiert
- Muster des Fragebogens bzw. (bei Mehrthemenumfragen) des Fragebogenauszugs
- Sämtliche Antworten der Befragten auf alle gestellten Fragen sind einzeln und mit Angabe der entsprechenden Prozentzahl auf eindeutige und übersichtliche Art auszuweisen.
- Beilage sämtlicher verwendeter Unterlagen, insbesondere des vorgelegten Zeichens (im Original)
- Hinweise zur Art und Häufigkeit der Interviewkontrollen
- Fehlertoleranztabelle
- Unterschrift des Sachverständigen zur Dokumentation der Richtigkeit der Angaben

Diese Auflagen stellen die Nachvollziehbarkeit der Ergebnisse für die Markenstelle bzw. das Gericht sicher. Im Bedarfsfall ist das Gutachten entweder durch ein „Begleitgutachten“ oder im Laufe des gerichtlichen Verfahrens im Rahmen der Erörterung der Ergebnisse mit dem Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung zu ergänzen.⁹⁸³

⁹⁸³ Vgl. Ullmann GRUR 1991, 789, 795.

15. Der erforderliche Umfang der Verkehrsdurchsetzung

Für die am Anmeldeverfahren beteiligten Parteien wirkte es sich zwar vorteilhaft aus, wenn von Richtwerten für die Prozentzahlen ausgegangen werden könnte, die schließlich den Ausschlag für den rechtsdemoskopischen Nachweis der Verkehrsdurchsetzung geben würden. Bereits die früher angewandte Praxis sah sich jedoch vor, solche grundsätzlichen Werte zu definieren. Die Vorgaben sind einer einzelfallbezogenen Bewertung zu unterstellen, sodass sich letztlich nur Orientierungswerte ergeben können.

a) Die frühere deutsche Praxis

Die frühere deutsche Praxis⁹⁸⁴ ermittelte die erforderlichen Prozentsätze über das Maß und die Art der Eintragungshindernisse nach § 8 Abs. 2 MarkenG bzw. ehemals § 4 Abs. 2 WZG, wobei der Grad des Freihaltebedürfnisses erhebliche Relevanz besaß.⁹⁸⁵ Darüber hinaus kam es zur Anwendung einer Wechselwirkung, wonach eine stark Freihaltungsbedürftige Angabe höhere Anforderungen an die Unterscheidungskraft stellte, umgekehrt aber bei geringerem oder gar fehlendem Freihaltebedürfnis diese Anforderungen stark reduzierte.⁹⁸⁶

Der Schutz einer nicht eingetragenen Marke nach § 4 Nr. 2 MarkenG bzw. eines Geschäftszeichens nach § 5 Abs. 2 S. 2 MarkenG und bezogen auf das WZG, der Schutz als Ausstattung nach § 25 WZG, erforderte bereits eine Durchsetzung bei einem nicht unerheblichen Teil des Verkehrs. Wenn also bereits bei diesen unterscheidungskräftigen Angaben derartige Anforderungen gestellt wurden, folgte man, dass an nicht unterscheidungskräftige Marken, die gem. § 8 Abs. 3 MarkenG respektive § 4 Abs. 3 WZG eingetragen werden sollten, noch deutlich höhere Anforderungen zu stellen wären.⁹⁸⁷

Als untere Grenze für die Annahme der Verkehrsdurchsetzung konnte die Durchsetzung jedenfalls nicht unterhalb der 50-%-Marke angesetzt werden, weil die Eintragung eines an sich nicht schutzfähigen Zeichens im Regelfall nur dann gerechtfertigt erschien, wenn auch nach Abzug aller Unsicherheiten bei der Ermittlung der tatsächli-

⁹⁸⁴ Überblick bei Ströbele MA 1984, 127, 135.

⁹⁸⁵ Grundlegend BGH GRUR, 1960, 83 – Nährbier.

⁹⁸⁶ Vgl. BGH GRUR 1995, 48, 49 – Metropoloc; BGH GRUR 1992, 515, 516 – Vamos; BGH GRUR 1991, 136, 137 – NEW MAN; BGH GRUR 1970, 311, 314 – Samos; BGH GRUR 1969, 345, 346 f. – red white.

⁹⁸⁷ Vgl. Ströbele GRUR 1987, 75, 80.

chen Verkehrsauffassung mindestens die Mehrheit der beteiligten Verkehrskreise die fragliche Bezeichnung als Herkunftshinweis betrachtet.⁹⁸⁸ Für die Anerkennung der Verkehrsdurchsetzung konnte von einem Rahmen zwischen 50 % und 60 % ausgegangen werden.⁹⁸⁹ Einige Entscheidungen des BGH deuteten jedoch auch an, dass in Einzelfällen auch ein geringerer Verkehrsdurchsetzungsgrad ausreichend sein kann.⁹⁹⁰

Eine Steigerung bis zu 70 % (erheblich über 50 %) war dann geboten, wenn die Mitbewerber zusätzlich ein erhebliches Freihaltebedürfnis an der fraglichen Angabe artikulierten. Ein solches lag vor, wenn für die Mitbewerber keine zumutbare Möglichkeit bestand, auf den beschreibenden Gebrauch der jeweiligen Angabe zu verzichten und auf ein anderes Zeichen auszuweichen.⁹⁹¹ Bei allgemein benutzten und kaum ersetzbaren Fachbezeichnungen galt sogar ein Zuordnungsgrad von 70 % als nicht ausreichend.⁹⁹²

Eine nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung wurde im Eintragungsverfahren bei sog. glatt warenbeschreibenden Angaben ohne jegliche Eigenart verlangt, die der Verkehr auch in Form blickfangmäßiger Hervorhebung als Hinweis auf Eigenschaften der jeweiligen Ware benötigt, was zu einem außerordentlichen Freihaltebedürfnis führte.⁹⁹³ Strenge Anforderungen schienen ebenfalls bei landläufigen Verpackungselementen⁹⁹⁴ oder bei beliebten Farbmustern⁹⁹⁵ und gebräuchlichen Blickfangmitteln⁹⁹⁶ geboten, zumal für die Mitbewerber – ist ein solches Merkmal einmal als geschützt anerkannt – ein Ausweichen auf einen nicht kennzeichenmäßigen Gebrauch noch schwerer wird als bei wörtlichen Beschaffenheitsangaben. Anhaltspunkte dafür, was als nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung aufzufassen war, konnten diejenigen Bekanntheitsgrade liefern, die nach den bisherigen Erfahrungen der Marktforschung die sog. berühmten Marken

⁹⁸⁸ Vgl. BGH GRUR 1990, 360, 361 – Apropos Film II; BPatG GRUR 1996, 489, 490 – Hautactiv; Hackbarth MarkenR 1999, 329, 333.

⁹⁸⁹ Vgl. z.B. BGH GRUR 1990, 360, 361 – Apropos Film II; BPatGE 14, 69, 75 – Betonfilterröhre; BPatGE 17, 17, 130 f. – CFC (60 %); BPatG GRUR 1972, 34, 36 – Tabac Original (60 %); BPatG GRUR 1986, 671 – GfK (60 %); BPatGE 28, 44, 49 – BUSINESS WEEK; Ströbele GRUR 1987, 75, 80.

⁹⁹⁰ Vgl. BGH GRUR 2001, 1042, 1043 – REICH UND SCHOEN.

⁹⁹¹ Vgl. BGH GRUR 1990, 360, 361 – Apropos Film II; BPatG GRUR 1994, 627, 628 – ERDINGER.

⁹⁹² Vgl. BGH GRUR 1974, 337, 338 f. – Stonsdorfer.

⁹⁹³ Vgl. BGH GRUR 1960, 83, 87 – Nährbier; BGH GRUR 1965, 146, 147 f. – Rippenstreckmetall II; BGH GRUR 1968, 419, 423 – feuerfest I; BGH GRUR 1989, 510, 512 – Teekanne II; BGH GRUR 1991, 609, 610 – SL. Hier wurde also der erforderliche Grad der Verkehrsdurchsetzung von einer Differenzierung der Unterscheidungskraft durch das Freihaltebedürfnis abhängig gemacht.

⁹⁹⁴ Vgl. BGH GRUR 1969, 541 – Grüne Vierkantflasche; BPatG GRUR 1998, 1018, 1020 – Honigglass.

⁹⁹⁵ Vgl. BGH GRUR 1957, 369 – Rosa-Weiß-Packung; BGH GRUR 1969, 345, 348 – red white.

⁹⁹⁶ Vgl. BGH GRUR 1968, 581, 585 – Blunazit; BGH GRUR 1969, 190, 193 – Halazon.

erreichten. Dabei war jedoch zu berücksichtigen, dass Feststellungen über berühmte Marken den gesamten Verkehr erfassen, während die Überwindung der Schutzunfähigkeit nur eine Verkehrsdurchsetzung innerhalb der an der jeweiligen Marke interessierten Verkehrskreise erfordert und der Bekanntheitsgrad infolge dieser Begrenzung gegebenenfalls höher ausfallen konnte.⁹⁹⁷ Nach den Erfahrungen der Marktforschung waren im Allgemeinen allenfalls zwischen 70 % und 80 % zu erreichen möglich.⁹⁹⁸ Im Laufe der Zeit wurden hingegen sogar Bekanntheitsgrade von 80 % nicht ohne Weiteres akzeptiert.⁹⁹⁹

Bereits damals erfuhren diese hohen Durchsetzungswerte vonseiten der Marktforschung zum Teil heftige Kritik.¹⁰⁰⁰ So führten Noelle-Neumann und Schramm bereits 1966 aus, dass die Forderungen der Rechtsprechung seinerzeit bezüglich der Höhe der Verkehrsgeltung nicht erfüllbar seien.

b) Die Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung nach der MarkenRL¹⁰⁰¹

Im Jahre 1999 überprüfte der EuGH jedoch einen Teil dieser Praxis unmittelbar bzw. mittelbar auf deren Europarechtskonformität. Die Auslegung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 MarkenRL, der den Erwerb der Unterscheidungskraft infolge Benutzung einer Marke regelt, war hinsichtlich des Art. 3 Abs. 1 lit. c MarkenRL, der das Eintragungshindernis der beschreibenden Angaben einschließlich der geografischen Herkunftsangaben behandelt, Gegenstand zweier Vorabentscheidungsersuchen des LG München I an den EuGH.¹⁰⁰²

In den die Marke Windsurfing Chiemsee betreffenden Beschlüssen des LG München I wurden dem EuGH folgende Fragen zur Entscheidung vorgelegt:

1. Fragen zu Art. 3 Abs. 1 lit. c:

Ist Art. 3 Abs. 1 lit. c so zu verstehen, dass es genügt, wenn die Möglichkeit einer Verwendung der Bezeichnung zur Bestimmung der geografischen Herkunft besteht oder muss diese

⁹⁹⁷ Vgl. BGH GRUR 1970, 77, 78 – Ovalumrandung; Noelle-Neumann/Schramm GRUR 1966, 70, 81; Harmsen, GRUR 1968, 503, 504.

⁹⁹⁸ Vgl. Noelle-Neumann/Schramm GRUR 1966, 70, 74; BPatG GRUR 1972, 34, 37 – Tabac Original (im konkreten Fall wurde die Eigenschaft der glatten Beschaffenheitsangabe verneint).

⁹⁹⁹ Vgl. BGH GRUR 1991, 863, 866 – Avon, wobei aber nicht übersehen werden darf, dass der BGH hier von einem „Bekanntheitsgrad“ – nicht von einem „Zuordnungsgrad“ – in dieser Höhe ausgegangen war.

¹⁰⁰⁰ Vgl. Noelle-Neumann/Schramm GRUR 1966, 81 f.; vgl. auch Niedermann GRUR 2006, 367, 369.

¹⁰⁰¹ Vgl. Kap. C.I. und **Anlage I**.

¹⁰⁰² Vgl. LG München GRUR Int. 1997, 833 (Beschlüsse vom 08.01.1997, Az.: 1 HKO 21444/95, 1 HKO 21445/95) mit ausführlicher Anm. von Albert GRUR Int. 1997, 834.

Möglichkeit konkret naheliegend sein (in dem Sinne, dass sich bereits andere derartige Unternehmen zur Bezeichnung der geografischen Herkunft ihrer gleichartigen Waren dieses Wortes bedienen oder wenigstens konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass dies in absehbarer Zukunft zu erwarten ist) oder muss sogar ein Bedürfnis bestehen, diese Bezeichnung zum Hinweis auf die geografische Herkunft der infrage stehenden Waren zu verwenden oder muss darüber hinaus auch noch ein qualifiziertes Bedürfnis für die Verwendung dieser Herkunftsbezeichnung bestehen, weil etwa Waren dieser Art, die in dieser Region hergestellt werden, ein besonderes Ansehen genießen?

Kommt für die weitere oder engere Auslegung von Art. 3 Abs. 1 lit. c bezüglich geografischer Herkunftsangaben dem Umstand Bedeutung zu, dass die Wirkungen der Marke nach Art. 6 Abs. 1 lit. b beschränkt ist?

Fallen unter die geografischen Herkunftsangaben des Art. 3 Abs. 1 lit. c nur solche, die sich auf die Herstellung der Ware an diesem Ort beziehen oder genügt der Handel mit diesen Waren an diesem Ort oder von diesem Ort aus oder genügt es im Falle der Herstellung von Textilien, wenn diese in der bezeichneten Region entworfen, dann aber im Lohnherstellungsverfahren anderswo hergestellt werden?

2. Fragen zu Art. 3 Abs. 3 S. 1:

Welche Anforderungen ergeben sich aus dieser Vorschrift für die Eintragungsfähigkeit einer beschreibenden Bezeichnung nach Art. 3 Abs. 1 lit. c?

Insbesondere: Sind die Anforderungen in allen Fällen gleich oder sind die Anforderungen unterschiedlich je nach dem Grad des vorliegenden Freihaltebedürfnisses?

Ist insbesondere die bisherige Auffassung der deutschen Rechtsprechung mit dieser Bestimmung vereinbar, dass bei beschreibenden Bezeichnungen, an denen ein Freihaltebedürfnis besteht, eine Verkehrsdurchsetzung in mehr als 50 % der beteiligten Verkehrskreise erforderlich und nachzuweisen sei?

Ergeben sich aus dieser Bestimmung Anforderungen an die Art und Weise, wie die durch Benutzung erlangte Unterscheidungskraft festzustellen ist?

Kurz zusammengefasst richtete sich die erste Frage darauf, ob und inwieweit das Verbot der Eintragung geografischer Herkunftsangaben durch die Notwendigkeit der zusätzlichen Feststellung eines konkreten Freihaltebedürfnisses an der jeweiligen Angabe eingeschränkt ist. Mit der zweiten Frage ersuchte das LG München I den EuGH, zu den Voraussetzungen einer Verkehrsdurchsetzung Stellung zu beziehen.

Bei den Aussagen zur Verkehrsdurchsetzung ist zunächst der unterschiedliche Wortlaut zwischen Art. 3 Abs. 3 S. 1 MarkenRL („Erwerb der Unterscheidungskraft“) und § 8 Abs. 3 MarkenG („Durchsetzung in den beteiligten Verkehrskreisen“) zu berücksichtigen, der jedoch keinen sachlichen Unterschied impliziert. Die Ausführungen des EuGH zur Feststellung einer infolge Benutzung erlangten Unterscheidungskraft beziehen sich auf Art. 3 Abs. 3 MarkenRL und gelten auch für den richtlinienkonform auszulegenden Begriff der Verkehrsdurchsetzung. Da der Erwerb von Unterscheidungskraft (Art. 3 Abs. 3 MarkenRL) an einer geografischen Bezeichnung als einer beschreibenden Marke (Art. 3 Abs. 1 lit. c MarkenRL) den Gegenstand der Entscheidung des EuGH bildete, sind die vom EuGH aufgestellten Grundsätze jedoch nicht auf die Feststellung der originären Unterscheidungskraft eines als Marke schutzunfähigen Zeichens nach Art. 3 Abs. 1 lit. b) MarkenRL übertragbar. Einheitlich ist nur der Begriff der Unterscheidungskraft zu verstehen.¹⁰⁰³

In seiner Entscheidung zu Frage 1 stellt der EuGH ausdrücklich fest, eine Differenzierung der Unterscheidungskraft i.S.v. Art. 3 Abs. 3 der MarkenRL und damit auch der Anforderungen an die Verkehrsdurchsetzung nach dem Grad des Freihaltebedürfnisses sei unzulässig.¹⁰⁰⁴ Dieses Gebot der rechtlichen Trennung beider Schutzausschlussgründe (bezogen auf § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG) gilt für jeden Fall und somit gleichermaßen für eine Erhöhung wie für eine Reduzierung der Anforderungen an die erforderliche Unterscheidungskraft durch Erwägungen des Freihaltebedürfnisses. Die in der deutschen Rechtspraxis angewandte Wechselwirkung, wonach eine stark Freihaltungsbedürftige Angabe an die Unterscheidungskraft höhere Anforderung stellt, welche umgekehrt aber bei geringerem oder gar fehlendem Freihaltebedürfnis stark reduziert werden, ist danach europarechtswidrig. Bei der Prüfung der Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 MarkenG sei eine Vermengung von Gesichtspunkten des Freihaltebedürfnisses und der Unterscheidungskraft ebenso abzulehnen wie auch bei der Verkehrsdurchsetzung. Diese ist, wie sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergebe, nicht von Gesichtspunkten des Freihaltebedürfnisses und somit den Interessen der Wettbewerber abhängig, sondern ausschließlich von der Verkehrsauffassung. Dass bei einer entsprechenden Verkehrsauffassung auch ein bestehendes Freihaltebedürfnis überwunden werden könne, stehe dem nicht entgegen. Vielmehr fiele das Freihaltebedürfnis in diesem Fall of-

¹⁰⁰³ Vgl. Fezer § 8, Rn. 712.

¹⁰⁰⁴ Vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727, Nr. 48 – Chiemsee.

fenkundig deutlich geringer aus, da ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise in dem Zeichen keine beschreibende Angabe mehr erkenne.¹⁰⁰⁵

Im Rahmen der Ausführungen zu Frage 2 bezüglich der Verkehrsdurchsetzung nahm der EuGH u. a. auch zu dem erforderlichen Umfang der Verkehrsdurchsetzung Stellung. Demzufolge seien die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 3 MarkenRL erfüllt, wenn ein zumindest „erheblicher Teil“ der beteiligten Verkehrskreise die betreffende Marke einem bestimmten Unternehmen zuordne, wobei nicht auf generelle und abstrakte Angaben wie z. B. bestimmte Prozentsätze abgestellt werden dürfe.¹⁰⁰⁶ Der rechtserhebliche Verkehrsanteil sei jedoch deutlich unter dem in der deutschen Rechtspraxis angewandten Durchsetzungsgrad von zumindest 50 % anzusetzen. Doch auch nach der Rechtsprechung des EuGH kann der Anteil der Verkehrskreise nicht mittels eines festen Prozentsatzes angegeben werden. In diesem Zusammenhang ist der Hinweis des EuGH zu bedenken, zur Feststellung der infolge einer Benutzung der Marke erlangten Unterscheidungskraft sei der per se einer geografischen Bezeichnung zuzuordnende spezifische Charakter auch als zusätzlich beschreibender Charakter zu berücksichtigen. Er stellt also, insoweit vergleichbar mit der deutschen Rechtspraxis, eine entsprechend differenzierte Betrachtungsweise an, indem eine sehr deutlich beschreibende Angabe die Markenschutzfähigkeit nur aufgrund einer langen und intensiven Benutzung erlangen könne und bei einer bereits verwendeten Fachbezeichnung sogar eine offenkundig langfristige und intensive Benutzung der Marke nachgewiesen sein müsse.¹⁰⁰⁷ Der EuGH beachtet damit zwar die Dominanz des beschreibenden Inhalts eines Zeichens, verbietet allerdings ausdrücklich eine Differenzierung nach dem festgestellten Interesse, das Zeichen für die Benutzung durch Mitbewerber freizuhalten.

So sind die Anforderungen an eine ausreichende Verkehrsdurchsetzung weiterhin vom Ausmaß der zu überwindenden Markenschutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG abhängig. Ausschlaggebend ist allein die Frage, ab wann bzw. unter welchen Voraussetzungen eine an sich aufgrund des § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG nicht markenschutzfähige Fachangabe, Gattungsbezeichnung, Warendarstellung o. Ä. eine „*neue Bedeutung erlangt hat, die nicht mehr nur beschreibend ist*“. Es muss ein Bedeutungs-

¹⁰⁰⁵ Vgl. Ingerl/Rohnke § 8, Rn. 335.

¹⁰⁰⁶ Vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727, Nr. 28, 52 – Chiemsee; EuGH GRUR 2002, 804, 808, Nr. 61, 62 – Philips/Remington.

¹⁰⁰⁷ Vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727, Nr. 50 – Chiemsee; Ströbele WRP 2000, 1028, 1033; Fezer § 8, Rn. 714; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 509.

wandel von einem ursprünglich nicht als betriebliche Herkunftskennzeichnung zu bewertenden Zeichen zu einer der Herkunftsfunktion entsprechenden Marke erfolgen.¹⁰⁰⁸

c) Die Rechtspraxis in Deutschland nach den EuGH-Vorgaben

Die Anforderungen an den Verkehrsdurchsetzungsumfang in der deutschen Rechtspraxis haben sich nicht erheblich geändert.

aa) Das rechtsdemoskopische Gutachten als Beurteilungsmaßstab¹⁰⁰⁹

Die Festsetzung des erforderlichen Umfangs ergibt sich unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Gesamtumstände des Einzelfalles, die ein bewegliches System quantitativer und qualitativer Beurteilungskriterien ergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind hierbei z. B. der jeweilige Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung und Dauer der Markenverwendung, die aufgewendeten Werbemittel und die dadurch erreichte Bekanntheit in den angesprochenen Verkehrskreisen von Bedeutung, wobei nicht nur generelle und abstrakte Prozentsätze demoskopischer Untersuchungen die erforderlichen Feststellungen ermöglichen.¹⁰¹⁰ Vielmehr kann unter besonderen Umständen (z. B. bei einem eng begrenzten Warenggebiet) unabhängig von Verkehrsbefragungen bereits aus einem sehr hohen Marktanteil des Anmelders auf eine Verkehrsdurchsetzung geschlossen werden.¹⁰¹¹ Auch eine statistisch belegte oder amtsbekannte Marktführerschaft des Anmelders erlaubt unter Umständen hinreichende Rückschlüsse auf eine Verkehrsdurchsetzung im Endabnehmerbereich.¹⁰¹² Diesbezüglich ist jedoch zu beachten, dass der Verkehr das einen herausragenden Marktanteil innehabende Zeichen nachweislich als Individualmarke eines bestimmten Unternehmens auffassen muss.

¹⁰⁰⁸ Vgl. EuGH GRUR 2014, 776 – Sparkassen-Rot; Fezer WRP 2005, 1, 18; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 514.

¹⁰⁰⁹ Vgl. hinsichtlich des Erfordernisses eines Gutachtens im Eintragungsverfahren bereits ausführlich Kap. E.I.2.

¹⁰¹⁰ Vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727, Nr. 49, 51 – Chiemsee; EuGH GRUR 2005, 763, 764, Nr. 31 – Nestlé/Mars.

¹⁰¹¹ Vgl. EuGH GRUR 2006, 1022, 1026, Nr. 76 – Wicklerform (zum Recht der Gemeinschaftsmarken); BPatG GRUR 2007, 593, 595 – Ristorante (25 % Marktanteil und 20-jährige Benutzungsdauer sowie hohe Umsatzzahlen und geringe Fehlzuordnung zu anderen Unternehmen); BPatG GRUR 2005, 330, 333 – Fahrzeugkarosserie; BPatG vom 18.08.2000, Az.: 33 W (pat) 79/98, Nr. 21 f. – GOLD, wonach ein Marktanteil von 21,41 % bei einer nicht glatt warenbeschreibenden Angabe und einem eng umrissenen Warenggebiet ausreicht. Bei dieser Entscheidung lag allerdings auch ein Verkehrsgutachten vor, das aber für sich allein noch nicht überzeugen konnte; OLG Köln GRUR-RR 2001, 207, 209 – Budweiser Bürgerbräu.

¹⁰¹² Vgl. BPatG GRUR 2008, 428, 430 – Farbmarke Rot; BPatG vom 28.09.2005, Az.: 29 W (pat) 82/04, Nr. 23 ff. – freenet.de.

Auch unter quantitativen Gesichtspunkten bleibt es den nationalen Stellen vorbehalten, diese zu bewerten und eine Entscheidung darüber zu treffen, ob die zugrunde gelegten Informationen, Nachweise und Unterlagen ausreichen. So führt etwa allein der mehrjährige Gebrauch einer beschreibenden Angabe durch den Anmelder noch nicht zu einer Auffassung der Angabe als Marke.¹⁰¹³ Deshalb bedarf es zur Darlegung der Wahrnehmung einer Farbe als betrieblichen Herkunftshinweis für ein Unternehmen beispielsweise konkreter Marketingmaßnahmen, die entscheidend auf den Identifikationszusammenhang zwischen Farbe, Dienstleistung und Unternehmen hinweisen. Erst wenn zwischen Dienstleistung und Unternehmen, Unternehmen und Farbe und zwischen Farbe und Dienstleistung ein wechselseitiger Bezug herstellbar ist, wird der Verkehr die Farbe nicht als rein dekoratives Element, sondern als selbstständiges Kennzeichen und damit als betrieblichen Herkunftshinweis erkennen.¹⁰¹⁴

Es entspricht der überwiegenden Auffassung der Rechtspraxis und des Schrifttums, ein Bedeutungswandel setze bei einem an sich schutzunfähigen Zeichen – teilweise ausschließlich, teilweise zusätzlich – eine zahlenmäßige Verkehrsdurchsetzung voraus.¹⁰¹⁵

Dies wird der Vorgabe des EuGH indes nicht gerecht, wonach die Bewertung der Verkehrsdurchsetzung aus einer Gesamtschau aller für einen Herkunftshinweis maßgeblichen Gesichtspunkte resultiert. In einem nachgehenden EuGH-Urteil¹⁰¹⁶ zur Eintragung kraft Verkehrsdurchsetzung fanden quantitative Gesichtspunkte dementsprechend keine Berücksichtigung mehr.

bb) „Erheblicher Teil“ der Verkehrskreise

Der EuGH gibt vor, für die Anerkennung einer Verkehrsdurchsetzung ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass zumindest ein „*erheblicher Teil*“ der beteiligten Verkehrskreise in der Marke nicht mehr nur eine nicht unterscheidungskräftige, beschreibende oder übliche Angabe sieht, sondern einen auf ein bestimmtes Unternehmen bezo-

¹⁰¹³ Vgl. BPatG 25 W (pat) 14/07 vom 12.12.2008 – Dipp-Film.

¹⁰¹⁴ BGH GRUR 2007, 780, 783, Nr. 28 – Pralinenform; BGH GRUR 2007, 235, 237 f., Nr. 24 – Goldhase; BPatG vom 10.12.2008. Az.: 29 W (pat) 64/06, Nr. 26 – Abstrakte Farbmarke, bestehend aus konturlosem Grün (HKS 66); BPatG GRUR 2008, 428 – Farbmarke Rot; BPatG vom 13.08.2008, Az.: 29 W (pat) 61/07 – Farbmarke Sonnengelb; Grabrucker S. 235.

¹⁰¹⁵ Vgl. BGH GRUR 2001, 1042, 1043 – REICH UND SCHOEN; BPatG GRUR 2005, 337, 341 f. – VISAGE, bestätigt durch den BGH GRUR 2008, 710, 712, Nr. 25 – VISAGE; BPatG GRUR 2005, 948, 955 – FUSSBALL WM 2006; Berlit WRP 2002, 636, 638; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 516; *Ingerl/Rohnke* § 8, Rn. 327; differenzierend Fezer § 8, Rn. 699, 713, wonach dies nicht immer erforderlich sein muss; a.A. auch BPatG GRUR 2005, 330, 333 – Fahrzeugkarosserie, wonach eine Mindestprozentzahl von 50 % + 1 nicht erforderlich ist.

¹⁰¹⁶ Vgl. EuGH GRUR 2005, 763, 764, Nr. 31 – Nestlé/Mars.

genen, kennzeichnenden Herkunftsnachweis. Im wörtlichen Sinne bedeutet „erheblich“, etwas sei beträchtlich, wesentlich oder deutlich bzw. falle ins Gewicht.¹⁰¹⁷ Ein konkreter Prozentsatz ergibt sich hieraus nicht,¹⁰¹⁸ da auch ein Anteil von 20 % je nach Perspektive als erheblich anzusehen ist bzw. ins Gewicht fallen kann.¹⁰¹⁹

Die untere Grenze für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung – ursächlich für diesen Bedeutungswandel – setzt die deutsche Rechtsprechung und ein Teil der Literatur auf 50 % fest.¹⁰²⁰ Diese Ansicht ist nachvollziehbar und richtig, sofern die Verkehrsdurchsetzung nur auf der Grundlage eines rechtsdemoskopischen Gutachtens beurteilt wird. Denn eine Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG kann begriffsnotwendig und auch teleologisch erst dann unterstellt werden, wenn nach den getroffenen Feststellungen der überwiegende Teil des Verkehrs das angemeldete Zeichen als Unternehmenshinweis auffasst.¹⁰²¹

Beruft sich der Anmelder folglich auf ein Verkehrsgutachten, so müssen dessen Ergebnisse über 50 % liegen, um – für sich allein – den für eine Verkehrsdurchsetzung notwendigen Bekanntheitsgrad belegen zu können.¹⁰²²

Ist dies nicht der Fall, muss es dem Anmelder jedoch vorbehalten bleiben – zusätzlich zu der vorgelegten Befragung – weitere konkrete Anhaltspunkte für einen höheren Bekanntheitsgrad des angemeldeten Zeichens darzulegen. Solchen weiteren Umständen entspricht beispielsweise ein starkes, überproportionales Feedback in der allgemeinen Presse, in der Fachliteratur oder in anderen Medien.¹⁰²³ Die Ansicht, ein zusätzlich erbrachtes Verkehrsgutachten, das lediglich einen Verkehrsdurchsetzungswert von unter 50 % nachweist, widerlege konkret die auf nur mittelbare Umstände (wie Marktanteil, Umsätze, Werbemittel usw.) gestützte Vermutung einer Verkehrsdurchsetzung, wird in dieser Pauschalität den Vorgaben des EuGH jedoch nicht gerecht. So ist auch bei einem Wert unter 50 % eine Gesamtschau durchzuführen, die eine Verkehrsdurchsetzung er-

¹⁰¹⁷ Vgl. Duden - Das Synonymwörterbuch. Ein Wörterbuch sinnverwandter Wörter, 4. Auflage, Mannheim u.a., 2006 und Duden - Deutsches Universalwörterbuch, 6. Auflage. Mannheim u.a. 2007.

¹⁰¹⁸ A.A. Levin S. 75 f.

¹⁰¹⁹ Z.B. bei der Irreführungsquote oder im Bereich der Verkehrsdurchsetzung, wenn andere Marken im gleichen Waren- oder Dienstleistungssektor lediglich einen äußerst geringen Durchsetzungsgrad erlangen.

¹⁰²⁰ Vgl. Pflüger GRUR 2014, 423 m.w.N.

¹⁰²¹ Vgl. BGH GRUR 2001, 1042, 1043 – REICH UND SCHOEN; BGH GRUR 2006, 760, 762 – LOTTO; BGH GRUR 2007, 1071, 1073 – Kinder II; BGH GRUR 2008, 510 – Milchschnitte; BGH GRUR 2009, 954, 956 – Kinder III.

¹⁰²² Vgl. BGH GRUR 2001, 1042, 1043 – REICH UND SCHOEN; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 414 f.; Fezer WRP 2005, 1, 18.

¹⁰²³ Vgl. BPatG vom 19.04.2006, Az.: 28 W (pat) 202/03 – Thermo.

geben kann.¹⁰²⁴ Vertretbar ist dies allerdings nur im Einzelfall und auch nur dann, wenn der Durchsetzungsgrad lediglich knapp 50 % unterschreitet. Insofern ist allenfalls und nur unter Vorlage sehr eindeutiger weiterer Unterlagen neben dem Verkehrsdurchsetzungsgutachten ein Minimumprozentsatz von ca. 40 % vertretbar,¹⁰²⁵ um noch einen Verkehrsdurchsetzungsnachweis zu erreichen. Insoweit sollte jeder Anmelder sorgfältig prüfen, ob und inwieweit die zusätzliche Vorlage einer demoskopischen Untersuchung tatsächlich ratsam ist.¹⁰²⁶

Auch Pflüger¹⁰²⁷ betrachtet Ausnahmen von dieser 50-%-Marke als zulässig, wenn z. B. für eine Farbmarke nur 30 % Verkehrsdurchsetzung belegt werden kann, in dem jeweiligen Marktsegment jedoch kein anderer bekannt ist, der eine Farbe als Unternehmenskennzeichen verwendet; in Relation dazu wäre die Kennzeichnungskraft dann verhältnismäßig hoch. Diese Ansicht ist jedoch weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinn des § 8 Abs. 3 MarkenG vereinbar. Die Eintragungshindernisse sollen u. a. Mitbewerber davor schützen, dass bestimmte Zeichen, an deren Verwendung auch ein Allgemeininteresse besteht, vom allgemeinen Gebrauch ausgeschlossen werden, außer es besteht ein berechtigtes Interesse des Zeicheninhabers, das durch die Verkehrsdurchsetzung nachgewiesen werden kann. Würde man die Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung aufweichen, sähen sich die Mitbewerber zu schnell von markenrechtlichen Ansprüchen bedroht. Es mag zwar sein, dass Farbmarken zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt im streitgegenständlichen Marktsegment nicht als Unternehmenshinweis genutzt werden,¹⁰²⁸ doch besagt dies allein noch nichts bezüglich der zukünftigen Entwicklung und Notwendigkeit zum Gebrauch einer Farbgestaltung. Darüber hinaus wäre doch gerade dann, wenn der Zeicheninhaber die Farbe als einziger als Unternehmenshinweis verwendet, von einer erhöhten Kenntnis des beteiligten Verkehrskreises auszugehen. Eine Reduzierung des zu fordernden Durchsetzungsgrades ist damit weder gerechtfertigt noch nötig.

¹⁰²⁴ Vgl. BPatG GRUR 2007, 593, 596 – Ristorante.

¹⁰²⁵ Vgl. auch BPatG GRUR 2013, 388, 392 – test (46,3 %). Der BGH GRUR 2014, 483, 487, Nr. 40 ff. – test, der lediglich einen Durchsetzungsgrad von 43 % ansetzte, sah in diesem Verkehrsdurchsetzungsgrad noch keine Verkehrsdurchsetzung nachgewiesen. Der BGH argumentierte jedoch mit den Besonderheiten im konkreten Einzelfall und nicht damit, dass ein Durchsetzungsgrad von 43 % per se zu wenig erscheinen würden, um die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung zu rechtfertigen.

¹⁰²⁶ Vgl. Ströbele/Hacker § 8, Rn. 524.

¹⁰²⁷ Vgl. Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 115.

¹⁰²⁸ Vgl. BGH GRUR 2011, 148, 151, Nr. 32 Goldhase II; BGH GRUR 2010, 1103, 1105, Nr. 30 – Pralinenform II; BGH GRUR 2010, 138, 140, Nr. 25 – ROCHER-Kugel.

cc) Entscheidende Maßstäbe

Der EuGH nimmt eine Verkehrsdurchsetzung an, wenn ein aufgrund § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG eintragungsunfähiges Zeichen seine Bedeutung im Verkehr dahingehend verändert hat, dass die beteiligten Verkehrskreise dieses Zeichen zu einem erheblichen Teil als markenmäßigen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstehen und somit ein Bedeutungswandel festzustellen ist.

Die Literatur differenziert zum Teil nach dem Ausmaß der durch die Verkehrsdurchsetzung zu überwindenden Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG.¹⁰²⁹ Hierbei soll es sich nicht um eine Rückkehr zur Differenzierung nach dem Freihaltebedürfnis handeln. Doch je beschreibender oder kennzeichnungsschwächer eine Angabe oder ein Zeichen ist, desto umfassender und langfristiger muss eine Marke bekannt sein, um von einem Bedeutungswandel des Zeichens hin zu einem markenmäßigen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen und von einer Überwindung des zu überwindenden Schutzhindernisses ausgehen zu dürfen.¹⁰³⁰ Die Rechtsprechung des EuGH¹⁰³¹ erkennt diesen Grundsatz, der jedoch sinnwidrig ist, ausdrücklich an. Führte man diese Ansicht weiter aus, so wäre schließlich ein Rückschluss auf das Freihaltebedürfnis als Bestandteil des Schutzhindernisses intendiert. Daher ist die Zugrundelegung des Ausmaßes des Schutzhindernisses als Maßstab für den Bedeutungswandel zumindest missverständlich. Der Bedeutungswandel ist einzig und allein danach zu beurteilen, ob die beteiligten Verkehrskreise die kennzeichenmäßige Bedeutung wahrnehmen. Diese Tatsache hängt zwar tatsächlich vom Ausmaß des zu überwindenden Schutzhindernisses ab, indem der Bedeutungswandel in den beteiligten Verkehrskreisen schwerer zu erreichen ist je beschreibender oder kennzeichnungsschwächer das Zeichen ist. Allerdings darf das Ausmaß des zu überwindenden Schutzhindernisses die quantitativen Erfordernisse, ab wann eine kennzeichenmäßige Benutzung bzw. Verkehrsdurchsetzung anzunehmen ist, nicht bestimmen. Vielmehr entscheidend ist allein die der Realität entsprechende Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Fachangabe, Gattungsbezeichnung, Warendarstellung, Farbe usw. ihre Bedeutung insoweit verändern kann, als die

¹⁰²⁹ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 513, der in der Voraufgabe noch von der Maßgeblichkeit des Begriffes des „Allgemeininteresses“ ausgeht, welches dem jeweiligen Schutzhindernis zugrunde liegt, vgl. *Ströbele* in *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 416 (9. Auflage).

¹⁰³⁰ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 513.

¹⁰³¹ Vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727, Nr. 50 – Chiemsee.

beteiligten Verkehrskreise diese nicht mehr als solche wahrnehmen, sondern als markenmäßigen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen auffassen.¹⁰³²

Je beschreibender oder kennzeichnungsschwächer eine Angabe oder ein Zeichen ist, desto intensiver und länger muss eine Benutzung als Marke sein, um von einem derartigen, nach der EuGH-Rechtsprechung¹⁰³³ geforderten Bedeutungswandel ausgehen zu können. War die markenmäßige Benutzung des Zeichens nicht intensiv genug, so wird der Verkehr das Zeichen auch nicht als Unternehmenshinweis betrachten. Ob nach einem festgestellten Bedeutungswandel immer noch ein Allgemeininteresse besteht, ist nebensächlich.¹⁰³⁴ Zwar hat dieses im Wege einer normativen Bewertung¹⁰³⁵ und Abwägung nach den gem. den Entscheidungen des EuGH zu berücksichtigenden qualitativen und quantitativen Wertungskriterien zu erfolgen, das Allgemeininteresse bzw. das Ausmaß des zu überwindenden Schutzhindernisses jedoch darf die Anforderungen an den Verkehrsdurchsetzungsnachweis nicht überstrapazieren. Es hat vielmehr nach dem konstatierten Bedeutungswandel hinter den ebenfalls zu berücksichtigenden Interessen des Zeicheninhabers zurückzustehen, welcher den Bedeutungswandel des angemeldeten Zeichens durch seine (intensive und langfristige) Benutzung bewirkt hat. Der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung zeigt, dass ein schützenswertes Interesse nicht mehr in dem die Eintragung zunächst nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG verhindernden Grad vorliegt.

dd) Einhellige Verkehrsdurchsetzung

(1) Die deutsche Rechtspraxis bei der einhelligen Verkehrsdurchsetzung

Während bei entfernteren Fachangaben bereits ein geringerer Benutzungsaufwand die Bejahung der Durchsetzung im Verkehr ermöglichen kann, geht die Rechtspraxis und ein Teil der Literatur davon aus, dass glatt beschreibende Angaben oder Zeichen, Farben und übliche Formen von Waren und Verpackungen nur unter besonderen Voraussetzungen – möglicherweise nur bei nahezu einhelliger Verkehrsbekanntheit¹⁰³⁶ –

¹⁰³² Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 513.

¹⁰³³ Vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727, Nr. 50 – Chiemsee

¹⁰³⁴ So auch Levin S. 76 f..

¹⁰³⁵ Dass der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung durch eine normative Prüfung zu erfolgen hat, ist nach den Vorgaben des EuGH (vgl. EuGH GRUR 2005, 763, 764, Nr. 31 – Nestlé/Mars; EuGH GRUR 1999, 723, 727, Nr. 51 – Chiemsee) nicht mehr kontrovers zu diskutieren; vgl. noch Risthaus WRP 2006, 1299, 1304 f.

¹⁰³⁶ Vgl. BGH GRUR 2006, 760, 763 – Lotto (Durchsetzungsgrad von weit über 50 % unerlässlich, 58 % nicht ausreichend); BGH GRUR 2003, 1040, 1044 – Kinder (nahezu einhellige Verkehrsbekanntheit). Der Begriff der einhelligen Verkehrsbekanntheit ist indessen falsch, es kann selbstverständlich nicht auf die Bekanntheit sondern auf den Durchsetzungsgrad ankommen.

kraft Verkehrsdurchsetzung eingetragen werden könnten.¹⁰³⁷ Im Fall dreidimensionaler Marken, die lediglich die Grundform einer Ware zum Gegenstand haben oder nicht wesentlich über die Grundform hinausgehen und damit einer glatt beschreibenden Angabe entsprechen, kommt nach der Rechtsprechung eine Verkehrsdurchsetzung erst bei einem deutlich höheren Durchsetzungsgrad als 50 % und somit einer nahezu einhelligen Verkehrsbekanntheit in Betracht.^{1038, 1039} Zudem wird bei geografischen Herkunftsangaben ein relevanter Verkehrsdurchsetzungsgrad in aller Regel erst nach einer offenkundig langen und intensiven singulären sowie markenmäßigen Benutzung im geschäftlichen Verkehr vorliegen. Deshalb fordert die Rechtsprechung auch bei Zeichen, welche ausschließlich aus der Herkunftsangabe bestehen, oftmals einen nahezu einhelligen Durchsetzungsgrad.¹⁰⁴⁰

Dagegen verneint der BGH bei glattbeschreibenden Angaben oder Zeichen das Erfordernis eines erhöhten Verkehrsdurchsetzungsgrades, soweit die Schutzschranke des § 23 Nr. 2 MarkenG zu einer hinreichenden Reduzierung des Schutzes der eingetragenen Marke führen könne.¹⁰⁴¹ Auch bei Wort/Bildmarken ist eine für das isolierte Wort möglicherweise notwendige erhöhte Verkehrsdurchsetzung nicht erforderlich, weil der Schutzbereich der Wort/Bildmarke sich nicht auf das Wort allein erstreckt.¹⁰⁴² Letztlich seien auch bei Warenformen, deren Gestaltung von den typischen Merkmalen der Produkte oder einschlägigen Warengattungen abweichen, keine besonders hohen Anforderungen zu stellen.¹⁰⁴³

Dem BPatG reicht unter Berufung auf die neuere BGH-Rechtsprechung bei glatt beschreibenden Angaben und einfachen Produktinformationen selbst einen Zuordnungsgrad von 70 % nicht mehr aus, weshalb es teilweise sogar einen Zuordnungsgrad

¹⁰³⁷ Vgl. Ströbele GRUR 2008, 569, 570.

¹⁰³⁸ Vgl. BPatG GRUR 2008, 420, 426 – ROCHER-Kugel; der BGH GRUR 2010, 138, 141, Nr. 36 – ROCHER-Kugel ging insofern mit der Ansicht des BPatG konform. Er beanstandete dies lediglich deshalb, weil die vorgelegte Form entgegen der Meinung des BPatG eine besondere, wenn auch naheliegende Oberflächengestaltung aufweise (BGH GRUR 2010, 138, 142, Nr. 44 – ROCHER-Kugel).

¹⁰³⁹ Vgl. aber zur Forderung nach einer einhelligen Verkehrsbekanntheit/Verkehrsdurchsetzung die kritischen Ausführungen unter Kap. E.I.15.c)dd).

¹⁰⁴⁰ Vgl. BPatG GRUR 2007, 714, 717 – Post.

¹⁰⁴¹ Vgl. BGH GRUR 2009, 669, 671, Nr. 28 – POST II; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 520.

¹⁰⁴² Vgl. BGH GRUR 2009, 954, 957, Nr. 37, 39 – Kinder III; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 520.

¹⁰⁴³ Vgl. BGH GRUR 2010, 138, 142, Nr. 42-45 – ROCHER-Kugel (entgegen BPatG 2008, 420, 426 – ROCHER-Kugel); BGH GRUR 2008, 510, 512, Nr. 24 – Milchschnitte; BPatG GRUR 2011, 68, 73 f. – Goldhase in neutraler Aufmachung; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 520.

von 85 % verlangt.¹⁰⁴⁴ Zur Begründung¹⁰⁴⁵ dieser Rechtspraxis erfolgt regelmäßig der Verweis auf die Feststellung des EuGH¹⁰⁴⁶, wonach eine sehr deutlich beschreibende Angabe die Markenschutzfähigkeit aufgrund Verkehrsdurchsetzung nur durch lange und intensive Benutzung erlangen könne, während bei einer bereits verwendeten Fachbezeichnung sogar eine besonders langfristige und intensive Benutzung der Marke nachzuweisen sei. Je beschreibender oder kennzeichnungsschwächer folglich das zur Anmeldung vorgelegte Zeichen ist, desto höher müsse auch der Verkehrsdurchsetzungsgrad der Marke sein, um von einem derartigen Bedeutungswandel ausgehen zu können.¹⁰⁴⁷ Demnach dürfen auch glatt beschreibende Angaben oder Zeichen weiterhin nur aufgrund eines hohen Verkehrsdurchsetzungsgrades eingetragen werden.

Das BPatG hat zur Klärung dieser Problematik den EuGH angerufen, da es möglich und geboten sein könnte, die Höhe des geforderten Prozentsatzes von tatsächlichen Besonderheiten des Zeichens und der geschützten Dienstleistungen abhängig zu machen.¹⁰⁴⁸ Selbst tendierte das BPatG jedoch weiter dazu, dass eine überragende, den Wert von zwei Drittel noch deutlich übersteigende Durchsetzung erforderlich sein muss.¹⁰⁴⁹ Letztlich stellte das BPatG im Vorabentscheidungsverfahren dem EuGH die Frage, ob Art. 3 Abs. 1 und 3 MarkenRL einer Auslegung des nationalen Rechts entgegensteht, wonach bei einer abstrakten Farbmarke eine Verbraucherbefragung einen bereinigten Zuordnungsgrad von mindestens 70 % ergeben muss, damit angenommen werden kann, dass die Marke infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat, d.h. sich im Verkehr durchgesetzt hat.¹⁰⁵⁰

Der EuGH bejahte dies.¹⁰⁵¹ Entscheidend war für den EuGH¹⁰⁵² die Tatsache, dass weder Art. 2 noch Art. 3 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 3 der Richtlinie 2008/95 zwischen Markenkategorien unterscheiden. Die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft konturloser Farbmarken wie der Marke der Ausgangsverfahren, einschließ-

¹⁰⁴⁴ Vgl. BPatG GRUR 2007, 324, 329 – Kinder (schwarz-rot); BPatG GRUR 2007, 714 – Post (insbesondere wegen der zu hohen Anforderungen per Beschluss zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das BPatG zurückzuverweisen, BGH GRUR 2009, 669, 671, Nr. 26 f. – POST II; nachfolgend Mitt. 2010, 586 – POST II); BPatG 2008, 420 – ROCHER-Kugel.

¹⁰⁴⁵ Vgl. z.B. BGH GRUR 2003, 1040, 1044 – Kinder; BGH GRUR 2006, 760, 762 – Lotto; BGH GRUR 2007, 1071, 1075 – Kinder II.

¹⁰⁴⁶ Vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727, Nr. 50 – Chiemsee

¹⁰⁴⁷ Vgl. Ströbele WRP 2000, 1028, 1033.

¹⁰⁴⁸ Vgl. BPatG GRUR 2013, 844 – Sparkassen-Rot.

¹⁰⁴⁹ Vgl. BPatG GRUR 2013, 844 – Sparkassen-Rot.

¹⁰⁵⁰ Vgl. BPatG GRUR 2013, 844 – Sparkassen-Rot.

¹⁰⁵¹ Vgl. EuGH GRUR 2014, 776 – Sparkassen-Rot.

¹⁰⁵² Vgl. EuGH GRUR 2014, 776, 779 ff., Nr. 46 ff. – Sparkassen-Rot.

lich der infolge ihrer Benutzung erworbenen, seien also die gleichen wie die für andere Kategorien von Marken geltenden. Daher würden die Schwierigkeiten, die bei der Ermittlung der Unterscheidungskraft bestimmter Kategorien von Marken aufgrund ihrer Natur auftreten könnten und deren Berücksichtigung legitim ist, nicht die Aufstellung strengerer Beurteilungskriterien für diese Unterscheidungskraft rechtfertigen, mit denen die Anwendung des Kriteriums der Unterscheidungskraft, wie es in der andere Markenkategorien betreffenden Rechtsprechung ausgelegt worden ist, ersetzt oder von ihm abgewichen würde.¹⁰⁵³

Zukünftig dürfte damit auch die deutsche Rechtspraxis im Einzelfall Prozentsätze unter 70 % genügen lassen müssen.

(2) Kritik

Die Rechtspraxis ist ebenso wenig mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar wie das teilweise ausschließliche, teilweise zusätzliche Erfordernis einer zahlenmäßigen Verkehrsdurchsetzung.¹⁰⁵⁴

Der EuGH gibt ausdrücklich vor, ein erheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise müsse in der angemeldeten Marke einen auf ein bestimmtes Unternehmen bezogenen kennzeichnenden Herkunftshinweis sehen. Bei einer zahlenmäßig festgestellten Verkehrsgeltung ist dieser erhebliche Teil aus den o. g. Gründen nicht unter 50 % anzusetzen. Die Forderung nach einer nahezu einhelligen Verkehrsdurchsetzung, die eine fast hundertprozentige, mindestens jedoch etwa achtzigprozentige Verkehrsdurchsetzung impliziert, widerspricht dieser EuGH-Linie und ist auch nicht mit einem Hinweis auf die ergangene Rechtsprechung des EuGH begründbar.¹⁰⁵⁵

Der EuGH geht vielmehr aufgrund seiner Ansicht, ein Bedeutungswandel sei für die Verkehrsdurchsetzung erheblich, davon aus, bei glatt beschreibenden Angaben hänge ein solcher Bedeutungswandel grundsätzlich von einer besonders langen und intensiven Benutzung ab. Das bedeutet, je beschreibender etwa eine solche Angabe ist, desto schwieriger gestaltet es sich, sie im Verkehr als Herkunftshinweis durchzusetzen.¹⁰⁵⁶ Wenn also der beteiligte Verkehrskreis bei einer glatt beschreibenden Angabe von einer herkunftshinweisenden Marke ausgeht, ist dies genauso zu werten wie im Fall einer

¹⁰⁵³ Vgl. EuGH GRUR 2014, 776, 779 ff., Nr. 46 ff. – Sparkassen-Rot.

¹⁰⁵⁴ Vgl. v. *Schultz* § 8, Rn. 244.

¹⁰⁵⁵ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 519.

¹⁰⁵⁶ Vgl. auch Pflüger GRUR 2014, 423, wonach das Erfordernis höherer Prozentwerte einem „Strafzuschlag“ gleich käme.

Angabe, die eine geringfügigere beschreibende Wirkung erzielt.¹⁰⁵⁷ Die anhand des deskopischen Gutachtens ermittelten Prozentsätze sind daher nach dem gleichen Maßstab zu bewerten, da der Verkehrsdurchsetzungsgrad einer Angabe oder eines Zeichens wegen der Relation „glatt beschreibend – schwer durchsetzbar“ und „weniger beschreibend – leichter durchsetzbar“ zu einer gleichen Anerkennung führen muss. Das Erfordernis einer einhelligen Verkehrsdurchsetzung stellt einen unangemessenen Wertungswiderspruch dar. Selbst wenn man annehmen sollte, dass durch ein Erfordernis einer langen und intensiven Benutzung lediglich verhindert werden sollte, dass glatt beschreibende Angaben nur durch ein kurzfristiges „Hochtreiben“ der Quote eintragungsfähig gemacht werden, sollte daran nicht festgehalten werden. Zum einen hat dies praktische Gründe, da es dem DPMA auf Grund des eingeschränkten Prüfungsrahmens und des damit aber verbundenen Prüfungsausmaßes gar nicht möglich sein dürfte, die Entwicklung und Benutzungsintensität, insbesondere nach dem eventuellen Eintragungszeitpunkt zu beurteilen. Es sollte wie bei anderen Zeichen lediglich auf den aktuellen Verkehrsdurchsetzungsgrad ankommen. Im Übrigen ist nicht nur das langfristige „Hochhalten“ der Verkehrsdurchsetzung einer glatt beschreibenden Angabe, sondern auch das kurzfristige „Hochtreiben“ der Quote schwer umzusetzen. Eine lange und intensive Benutzung ist daher nicht als Voraussetzung anzusehen für die Bejahung einer Verkehrsdurchsetzung einer glatt beschreibenden Angabe. Vielmehr stellt dies lediglich eine bloße Begleiterscheinung dar. Sollte die Verkehrsdurchsetzung tatsächlich nur eine kurzfristige Entwicklung darstellen, gäbe es für Mitbewerber auch andere Möglichkeiten, sich hiergegen zur Wehr zu setzen. Notfalls müsste dies im Kollisionsverfahren als Einwand des Mitbewerbers vom Gericht Berücksichtigung finden. Außerdem gilt § 23 Nr. 2 MarkenG zu berücksichtigen, wonach bei einer Marke, deren Eintragung auf § 8 Abs. 3 MarkenG basiert, die Verwendung einer lediglich verwechselbaren beschreibenden Bezeichnung nicht gegen die guten Sitten verstößt und damit nicht untersagt werden darf, sofern nicht zusätzliche Umstände hinzutreten.¹⁰⁵⁸

Die Aussage des EuGH, eine besonders langfristige und intensive Benutzung müsse nachgewiesen sein, ist lediglich unter der Berücksichtigung der verschiedenen quantitativen und qualitativen Bewertungsmethoden zu verstehen. Ein zusätzliches Erfordernis

¹⁰⁵⁷ Vgl. auch Dobel S. 152.

¹⁰⁵⁸ Vgl. OLG Köln GRUR-RR 2012, 336 – SUPERTOTO; Dobel S. 153. Allerdings hat der § 23 Nr. 2 MarkenG nach der Rechtsprechung des EuGH keinen Einfluss auf die Auslegung der übrigen Schutzhindernisse.

bezüglich des quantitativ erforderlichen Grad der Verkehrsdurchsetzung soll damit allerdings nicht einhergehen. Vielmehr führe ein derartiges Erfordernis nur dazu, dass entsprechend dem Typus des betroffenen Zeichens eine differenzierte Betrachtungsweise rechtlicher Art hinzukäme. Diese gestattet der EuGH aber ausdrücklich nur hinsichtlich der tatsächlichen Komponente, der Dauer und der Intensität der markenmäßigen Benutzung.¹⁰⁵⁹

Die Forderung nach einer einhelligen Verkehrsdurchsetzung ist nicht nur europarechtswidrig, sondern in der Realität schlichtweg nicht erfüllbar. Nur ganz wenige Bezeichnungen erreichen überhaupt einen Bekanntheitsgrad (Frage 1. – erste Erhebungsstufe) nahe 100 % wie z. B. „Post“, „Media-Markt“, „Der grüne Punkt“¹⁰⁶⁰. Angaben, die neben dem betrieblichen Herkunftshinweis auch beschreibenden Charakter besitzen, erzielen dagegen bereits bei der Eingangsfrage nur geringere Bekanntheitsgrade. Je Erhebungsstufe ergeben sich weitere Ausfälle durch „Weiß nicht“-Angaben befragter Personen, die sich zur jeweiligen Frage entweder nicht äußern können oder nicht äußern wollen bzw. sich nicht im Sinne der rechtsrelevanten Kategorien entscheiden können. Die Addition dieser Weiß-nicht-Werte auf den verschiedenen Ebenen ergibt in etwa 20 %, sodass im Eintragungsverfahren das Erreichen einer Verkehrsdurchsetzung von mehr als 80 % nicht zu erwarten ist. Steht die konkrete Herstelleridentifikation (dritte Erhebungsstufe) im Fokus, ist dieser Wert erst recht nicht erzielbar.¹⁰⁶¹

Nach der Vorabentscheidungsfrage des BPatG¹⁰⁶² wurde diese Problematik vom EuGH¹⁰⁶³ zumindest dahingehend entschieden, dass es bei einer konturlose Farbmarke (und in der Folge bei ausnahmslos allen Markenkategorien) nicht stets erforderlich sei, dass eine Verbraucherbefragung einen Zuordnungsgrad dieser Marke von mindestens 70 % ergibt. In den Entscheidungsgründen führt der EuGH weiter aus, dass weder Art. 2 noch Art. 3 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 3 der Richtlinie 2008/95 zwischen Markenkategorien unterscheiden und die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft bei allen Kategorien von Marken die gleichen seien. Allein die Schwierigkeiten, die bei der Ermittlung der Unterscheidungskraft bestimmter Kategorien von Marken aufgrund ihrer

¹⁰⁵⁹ Vgl. Ströbele GRUR 2008, 569, 572.

¹⁰⁶⁰ Vgl. 98 % laut eigenen Angaben, vgl. <http://www.gruener-punkt.de/kunden/service/die-marke-der-gruene-punkt.html>.

¹⁰⁶¹ Vgl. auch Pflüger GRUR 2014, 423, 428 (mit einer Auswertung aus 124 archivierten Studien im Zeitraum 2005 bis 2013); Niedermann GRUR 2006, 367; Pflüger Mitt. 2007, 259; Pflüger GRUR 2006, 818; Pflüger GRUR 2004, 652, 653; kritisch dagegen Risthaus WRP 2006, 1299, 1304, Fn. 54.

¹⁰⁶² Vgl. BPatG GRUR 2013, 844 – Sparkassen-Rot.

¹⁰⁶³ Vgl. EuGH GRUR 2014, 776 – Sparkassen-Rot.

Natur auftreten könnten und deren Berücksichtigung legitim ist, rechtfertigen nach dem EuGH nicht die Aufstellung strengerer Beurteilungskriterien für diese Unterscheidungskraft.¹⁰⁶⁴

Wenn aber Schwierigkeiten, die aufgrund der Natur von bestimmten Markenkategorien bei der Ermittlung der Unterscheidungskraft auftreten könnten, keine strengeren Beurteilungskriterien für diese Unterscheidungskraft rechtfertigen, so darf auch die Eigenart eines Zeichens, die es zu einem glatt beschreibenden Zeichen machen, nicht zu einer Andersbehandlung in Form einer Verschärfung der Verkehrsdurchsetzungserfordernisse führen.

(3) Die Frage nach einem erforderlichen Korrektiv bei glatt beschreibenden Angaben

Ohnehin ist es nach dem Gesagten nicht nötig, ein Korrektiv einzuführen, sei es durch das Erfordernis der einhelligen Verkehrsdurchsetzung oder aber etwa durch die „Benutzung der Marke als Marke“, wie Ströbele¹⁰⁶⁵ vorbringt. Dabei ist in diesem Zusammenhang der vom EuGH geprägte Begriff der Benutzung der Marke als Marke so zu verstehen, dass er sich ausschließlich auf eine Benutzung der Marke bezieht, die von den beteiligten Verkehrskreisen als Identifizierung der Ware oder Dienstleistung als von einem bestimmten Unternehmen stammend verstanden wird. Insofern führt auch eine noch so große Bekanntheit einer Angabe oder eines Zeichens im Rahmen des § 8 Abs. 3 MarkenG nicht zur Annahme der Verkehrsdurchsetzung, wenn diese nicht als herkunftskennzeichnende Hinweise aufgefasst werden. Die Zuordnung muss demnach kausal auf die Benutzung des Zeichens als Marke des Unternehmens zurückzuführen sein. Nach Ströbele würde bei der Verwendung eines Gattungsbegriffs, der allein den jeweils in Betracht kommenden Gegenstand zutreffend beschreibt, eine kaum widerlegbare Vermutung dafür sprechen, dass der Verkehr diesen Begriff stets nur als solchen in seiner beschreibenden Bedeutung und nie als betrieblichen Herkunftshinweis auffasst.¹⁰⁶⁶ Möglicherweise gelte dies auch bei einem Einsatz branchenbedingter Prototypen von Warenformen oder alternativloser warenspezifischer Farben.¹⁰⁶⁷

Macht dieses Vorgehen schon bei Monopolsituationen wenig Sinn, so ist dieses Kriterium aber auch für anderweitige, glatt beschreibende Angaben oder Zeichen, die

¹⁰⁶⁴ Vgl. EuGH GRUR 2014, 776, 779 ff., Nr. 46 ff. – Sparkassen-Rot.

¹⁰⁶⁵ Vgl. Ströbele GRUR 2008, 569, 573.

¹⁰⁶⁶ Vgl. Ströbele/Hacker § 8, Rn. 521.

¹⁰⁶⁷ Vgl. Ströbele/Hacker § 8, Rn. 521.

nicht einer Monopolkonstellation zuzuordnen sind, grundsätzlich abzulehnen. Schließlich kann hier eine Herkunftsfunktion ohnehin nur aufgrund einer Benutzung der Marke als Marke gewonnen werden. Es stellt sich die Frage, woraus sich die heute festgestellte Verkehrsauffassung, eine bestimmte Farbe, Form, Gestaltung usw. weise auf die Herkunft der damit gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen aus einem bestimmten Unternehmen hin, herleitet, wenn nicht auch aus einer Benutzung, die eben auf dieses Unternehmen hinweist?¹⁰⁶⁸ Anderenfalls würde sie für den Verkehr nicht als „Hinweis auf ein ganz bestimmtes Unternehmen“ gelten. Letztlich ist die markenmäßige Benutzung ohnehin objektive Voraussetzung für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung.¹⁰⁶⁹

Nicht ganz zu Unrecht weist Ströbele darauf hin,¹⁰⁷⁰ dass der befragte Verbraucher eine ihm vorgelegte, konkret existierende Ware naturgemäß einem bestimmten Hersteller zuordnet und somit zu einer für den Kennzeichnungsgrad positiven Antwort tendiert. Er folgert daraus, es sei zu unterscheiden zwischen Antworten, die sich auf die Kenntnis der Ware beschränken, und solchen, welche die angemeldete Marke als Hinweis auf die Herkunft dieser Ware von einem bestimmten Unternehmen betrachten.¹⁰⁷¹ Er regt weiter an, zusätzlich die Frage zu stellen, ob die betriebliche Zuordnung aufgrund der betreffenden Marke oder allein aufgrund der Existenz des konkret vorgelegten Produkts erfolgte.¹⁰⁷²

Natürlich sind derartige Tendenzen wie von Ströbele ausgeführt nicht von der Hand zu weisen. Vor allem bezüglich dreidimensionaler Marken ist ein solches Verhalten festzustellen, da diese Art von Marke, die allein aus der Form bzw. Verpackung der Ware besteht, vom Verkehr nicht notwendig in gleicher Weise wahrgenommen wird wie eine herkömmliche Wort- oder Bildmarke, die ein gesondertes Zeichen darstellt und vom Erscheinungsbild der gekennzeichneten Ware unabhängig ist. Gewöhnlich schließen Verbraucher daher aus der Form der Ware oder ihrer Verpackung nicht auf die be-

¹⁰⁶⁸ Vgl. auch Pflüger Mitt. 2007, 259, 263.

¹⁰⁶⁹ Vgl. hierzu Kap. C.III.2.

¹⁰⁷⁰ Vgl. Ströbele GRUR 2008, 569, 573.

¹⁰⁷¹ Vgl. BGH GRUR 2010, 138, 141, Nr. 33 – ROCHER-Kugel; BGH GRUR 2007, 780, 784, Nr. 36 – Pralinenform.

¹⁰⁷² Vgl. auch BGH GRUR 2007, 780, 784, Nr. 37 – Pralinenform; Niedermann GRUR 2006, 367, 371; Würtenberger GRUR 2007, 238, 239.

triebliche Herkunft.¹⁰⁷³ Tendierten jedoch befragte Personen tatsächlich stets dazu, in vorgelegten Waren oder Zeichen einen Herkunftshinweis zu erkennen, obwohl dies nicht der subjektiven Kenntnis der befragten Person entspricht, wäre eine rechtsdemoskopische Befragung ohnehin aufgrund der zu erwartenden hohen Fehlerquote nicht brauchbar.

Eine ähnliche Stoßrichtung wie bei Ströbele weist auch die Kritik von Niedermann¹⁰⁷⁴ auf. Sie führt aus, die Antwortkategorien „*von mehreren Herstellern*“ und die Vorstellung, es könne sich um eine allgemein übliche Gestaltung handeln, seien nicht trennscharf, sondern überschneiden sich. Wäre etwas allgemein üblich, würden wahrscheinlich mehrere oder sogar viele Hersteller diese Gestaltung nutzen. Niedermann schlägt daher vor, Frage 2 aufzusplitten und zunächst zu klären, ob ein Herstellerhinweis bei dieser Art von Marke überhaupt infrage kommt.

Der in Deutschland gebräuchliche Grundaufbau des Fragebogens berücksichtigt diese Differenzierung, jedoch nur unter der Voraussetzung, der Befragte antwortet ehrlich. Ist ihm die Ware lediglich bekannt, entdeckt er aber keinen Unternehmenshinweis darin, wird er lediglich Frage 1. mit „*Ja*“ beantworten, bei Frage 2. aber Antwortalternative c) „*gar kein Hinweis auf irgendein Unternehmen*“ oder d) „*Oder können Sie nichts dazu sagen*“ wählen. Allenfalls würde die befragte Person die Markenform mit mehreren Herstellern in Verbindung bringen. In diesem Fall wirkte sich die Antwort durch die Wahl der Antwortkategorie 2.b) „*Hinweis auf mehrere Unternehmen*“ ohnehin negativ auf die Verkehrsdurchsetzung der Angabe oder des Zeichens aus. Eine den tatsächlichen Gegebenheiten widersprechende Auswirkung auf den Beweiswert zeitigte dies jedoch nicht.

Ein besseres Maß an Verständlichkeit scheint allerdings erreichbar, wenn als zusätzliche Antwortalternative „*lediglich eine allgemeinübliche Gestaltung, die zu keiner bestimmten Marke oder Firma gehört*“ angeboten wird, was aber gleichbedeutend mit der „*Sachangabe*“ wäre. Einen besonderen Aussagewert hinsichtlich der Benutzung der Marke als Marke besitzt dies jedoch nicht. Schließlich wird diese ohnehin bereits durch

¹⁰⁷³ Vgl. EuGH GRUR Int. 2006, 226, Nr. 28 – Standbeutel; BGH GRUR 2010, 138, Nr. 24 – ROCHER-Kugel; BPatG vom 15.09.2011, Az.: 25 W (pat) 522/11 – Schokoladenpraline mit hell-dunkler Füllung.

¹⁰⁷⁴ Vgl. Niedermann GRUR 2006, 367, 371.

die Zuordnung des Zeichens oder der Angabe zu einem bestimmten Unternehmen bestätigt.¹⁰⁷⁵

(4) Zusammenfassung

Das Erfordernis einer einhelligen Verkehrsdurchsetzung ist europarechtswidrig und aufgrund der Tatsache, dass eine glatt beschreibende Angabe auch viel schwerer als eine weniger beschreibende Angabe den gleichen Grad der Verkehrsdurchsetzung erreicht, auch gar nicht erforderlich.¹⁰⁷⁶ Die Verkehrsdurchsetzungsgrade, die bezüglich einer einhelligen Verkehrsdurchsetzung verlangt werden, sind ohnehin nur schwer zu erreichen und setzen dem Anmelder eine zu große Hürde. Aus dieser Perspektive scheint es daher auch nicht erforderlich, ein besonderes Kriterium wie das der Benutzung der Marke als Marke, das ohnehin bei der Verkehrsdurchsetzung zu berücksichtigen ist, heranzuziehen. Die Entscheidung des EuGH bestätigt diese Einschätzung.¹⁰⁷⁷

ee) Sonderfall Monopolunternehmen

Bereits ausführlich wurde auf die Problematik der markenmäßigen Benutzung von Zeichen eingegangen, deren Verkehrsbekanntheit aus einem rechtlichen oder tatsächlichen Monopol hervorging.¹⁰⁷⁸ Die frühere deutsche Rechtsprechung nahm an, dass die beteiligten Verkehrskreise in einem Fall des rechtlichen oder tatsächlichen Monopols allein aufgrund der Alleinstellung oder des Alleinvertriebs auf die Herkunft der Ware schließen würden und daher eine durch eine markenmäßige Benutzung erlangte Verkehrsdurchsetzung gar nicht in Frage kam.¹⁰⁷⁹ Der EuGH führte jedoch aus, dass die Benutzung eines Monopolzeichens zur Anerkennung einer Verkehrsdurchsetzung führen kann, wenn infolgedessen ein wesentlicher Teil der betroffenen Verkehrskreise das Zeichen ausschließlich mit diesem Marktteilnehmer in Verbindung bringt oder annimmt, Waren mit diesem Zeichen stammten von diesem Marktteilnehmer.¹⁰⁸⁰ Die Monopolstellung des Markenanmelders darf nach der richtlinienkonformen Auslegung nicht zum rechtlichen Nachteil des Benutzers des Kennzeichens verwendet werden.¹⁰⁸¹

¹⁰⁷⁵ Vgl. auch Pflüger Mitt. 2007, 259, 263.

¹⁰⁷⁶ So auch Levin S. 76 f.

¹⁰⁷⁷ Vgl. EuGH GRUR 2014, 776, 779 ff., Nr. 46 ff. – Sparkassen-Rot.

¹⁰⁷⁸ Vgl. hierzu Kap.C.III.2.b).

¹⁰⁷⁹ Vgl. BGH GRUR 1960, 83 – Nährbier.

¹⁰⁸⁰ Vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 809, Nr. 64 f. – Philips/Remington.

¹⁰⁸¹ Vgl. Fezer § 8, Rn. 732.

Die deutsche Rechtsprechung hat die Vorgaben des EuGH in der Praxis nur bedingt übernommen.¹⁰⁸² Die Qualifikation der Benutzung des fraglichen Zeichens als Marke im Sinne der Rechtsprechung des EuGH beruht im Wesentlichen auf einer rechtlichen Bewertung, wogegen der BGH dasselbe Problem auf der tatsächlich-demoskopischen Ebene gelöst sehen will.¹⁰⁸³ Gleichwohl forderte der BGH eine sorgfältige Prüfung, die ausschließen müsse, dass die gedankliche Zuordnung der Bezeichnung „Lotto“ zu den Markeninhaberinnen allein aufgrund des Monopols erfolge. Das BPatG verlangte vorangehend – vom BGH nachfolgend auch nicht kritisiert – einen demoskopischen Nachweis nach äußerst strengen Anforderungen, die auf das Erfordernis einer einhelligen Verkehrsdurchsetzung hinausliefen.¹⁰⁸⁴

Die von der Rechtsprechung angesetzte pauschale Hürde der einhelligen Verkehrsdurchsetzung ist jedoch nicht überzeugend. Zum einen handelt es sich dann um Werte, deren Erlangung statistisch unrealistisch ist.¹⁰⁸⁵ Damit handelt es sich bei dem Erfordernis einer nahezu einhelligen Verkehrsdurchsetzung um einen Monopoleinwand durch die Hintertür und einen „*prozentualen Monopoleinwand*“.¹⁰⁸⁶

Zum anderen darf eine rechtliche Benachteiligung des (ehemaligen) Monopolisten aufgrund seiner (ehemaligen) Monopolstellung nicht bestehen. Dies bedeutet, dass eine Differenzierung und Benachteiligung weder direkt noch indirekt davon abhängig gemacht werden darf, ob die Kennzeichnungskraft des Zeichens aus der Stellung des Unternehmens als Monopolist oder durch das Auftreten des Zeichens im Wettbewerb gegenüber anderen Mitbewerbern errungen wurde. Ein durch die Erhöhung des erforderlichen Durchsetzungsgrades verursachtes prozentuales Eintragungserschweren¹⁰⁸⁷ scheint mit der Rechtsprechung des EuGH also nicht vereinbar, da es das vom EuGH postulierte Verbot einer auf der Monopolstellung des Markenanmelders basierenden Ungleichbehandlung verletzen würde. Vielmehr ist es auch hier bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze für die demoskopische Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung zu belassen.

¹⁰⁸² Vgl. BGH GRUR 2006, 760, 762, Nr. 18 – LOTTO; vgl. auch BGH GRUR 2009, 669, 670, Nr. 21 – POST II; Lange Rn. 1029.

¹⁰⁸³ Vgl. BPatG GRUR 2008, 420, 424 – ROCHER-Kugel

¹⁰⁸⁴ Vgl. BGH GRUR 2006, 760, 762, Nr. 19 ff. – LOTTO; vgl. auch BPatG GRUR 2013, 1145 – TOTO.

¹⁰⁸⁵ Vgl. Prüfer GRUR 2008, 103 ff.

¹⁰⁸⁶ Vgl. Fezer WRP 2005, 1, 19, 20; Fezer § 8, Rn. 742.

¹⁰⁸⁷ „Prozentualer Monopoleinwand“.

d) Erkenntnisse aus Vergleich

Fraglich ist, ob die „Erkenntnisse aus Vergleich“¹⁰⁸⁸ eine bessere Entscheidungsgrundlage schaffen oder dies grundsätzlich zweckmäßig ist. Niedermann¹⁰⁸⁹ etwa hält es für eine adäquate Betrachtungsweise, die auch dem demoskopischen Instrument angemessen sei, von der Marktlage des jeweiligen Produkts auszugehen und vergleichsweise die Leistungen der unmittelbaren Konkurrenten des Zeichens zu werten.¹⁰⁹⁰ Dies erscheint auf den ersten Blick durchaus einleuchtend. Für die Stärke der Marke kann ein Bekanntheitsgrad völlig Unterschiedliches bedeuten – je nachdem, in welchem Konkurrenzumfeld sie sich bewegt. Märkte unterscheiden sich erheblich darin, welche Bekanntheitsgrade sie durchschnittlich generell zulassen, wie viele Marken in Konkurrenz zueinander stehen und wie intensiv der Konkurrenzdruck ist. So hat eine Befragung des Instituts für Demoskopie Allensbach für die Wortmarke „Citibank“ eine Bekanntheit von 66 % ergeben (erste Erhebungsstufe). Bei einem Vergleich mit anderen am gleichen Markt agierenden Unternehmen fällt allerdings auf, dass dieser Prozentsatz von einer Vielzahl anderer Bankennamen übertroffen wird: 80 % und weit höhere Bekanntheitsgrade sind die Regel. Dagegen ergab eine Erhebung für die Marke „Intel“ einen Bekanntheitsgrad von lediglich 55 %. Die Einordnung des Befunds im Vergleich zu anderen Wettbewerbern im Computer- und Online-Markt macht jedoch sichtbar, dass sich diese 55 % im oberen Drittel befinden. Niedermann schlägt daher vor, neben den demoskopischen eines Verkehrsdurchsetzungsgutachten auch Vergleichswerte aus dem Markt erheben zu lassen und bei der Wertung zu berücksichtigen, was die Beurteilung einer Verkehrsdurchsetzung wesentlich erleichtern würde.¹⁰⁹¹

So einleuchtend es auch erscheinen mag, dass die Bekanntheitsgrade von Marken in ihrer Gewichtung am Markt differieren, so wenig darf dies Einfluss auf die Verkehrsdurchsetzung des konkret infrage stehenden Zeichens selbst nehmen. Ein Zeichen hat sich innerhalb der beteiligten Verkehrskreise durchgesetzt oder eben nicht, was durch einen entsprechenden Wert des Kennzeichnungsgrades (nach der Rspr. des Zuordnungsgrades) und die qualitativen Elemente festzustellen ist. Wenngleich der festgestellte Verkehrsdurchsetzungswert im Vergleich zu anderen Marken und Unternehmen hoch ausfällt, sagt dies dennoch nichts darüber aus, ob diese Angabe oder dieses Zei-

¹⁰⁸⁸ Vgl. Niedermann GRUR 2006, 367, 372.

¹⁰⁸⁹ Vgl. Niedermann GRUR 2006, 367, 372.

¹⁰⁹⁰ Vgl. auch Niedermann/Schneider sic! 2002, 815, 835.

¹⁰⁹¹ Vgl. Niedermann GRUR 2006, 367, 372.

chen im Verkehr eine herkunftshinweisende Funktion erlangt hat. Eine Entscheidungshilfe begründet dieses Vorgehen folglich nicht. Darüber hinaus wären in der Praxis dann Verkehrsdurchsetzungsgutachten zu mehreren Zeichen durchzuführen, was erhebliche Mehrkosten verursachen würde. Die Bezugnahme auf vorangegangene Umfragen kommt wohl nur in den seltensten Fällen in Betracht, da zum einen davon auszugehen ist, dass Vergleichsumfragewerte nur Privatgutachten entstammen, weil die Eintragung aufgrund einer Verkehrsdurchsetzung im selben Markt eher selten vorkommt, und ein dementsprechender Wert nur geringeren Beweiswert besitzt. Zum anderen dürften die Befragungen weiter in der Vergangenheit zurückliegen, sodass eine zwischenzeitliche Änderung der Marktverhältnisse nicht ausgeschlossen werden kann. Dementsprechend ist es auch nicht angezeigt, für Zeichen eines Markensegments, in denen nach allgemeiner Erkenntnisse ein hoher Bekanntheitsgrad zu vermuten ist, wie z. B. bei Tabakwaren, Getränken und Zeitschriften, einen höheren Grad der Verkehrsdurchsetzung zu fordern als bei Zeichen in Spezialbereichen (sog. „low-interest-products“),¹⁰⁹² nur weil dort herkömmlich eine höhere Bekanntheit erreicht wird. Niedermann¹⁰⁹³ hält dieser Ansicht entgegen, dass die Leistung des Zeicheninhabers entsprechend zu würdigen ist und unüberwindbare Anforderungen zu vermeiden sind. So sei es ungerechtfertigt, einem Zeicheninhaber, der in einem Markt tätig ist, in dem nur ein geringer Durchsetzungsgrad erreichbar ist, die Markeneintragung zu verweigern, obwohl auch unter größtmöglichen Anstrengungen kein höherer Durchsetzungsgrad erzielt werden kann. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Verkehrsdurchsetzung lediglich zur Überwindung bestimmter Eintragungshindernisse erforderlich und der Zeicheninhaber nicht gezwungen ist, das Zeichen am Markt als Unternehmenshinweis zu positionieren. Diese Leistung ist hinsichtlich Auswahl des Zeichens und konkreter Nutzung freiwilliger Natur. Zudem ist nicht zu verkennen, dass der Zeicheninhaber der rechtswidrigen Ausnutzung seines Zeichens nicht schutzlos ausgeliefert ist, obwohl ihm der Schutz, der einer eingetragenen Marke gewährt wird, versagt bleibt. Es handelt sich bei den angesprochenen Märkten auch vielmehr um solche, in denen es übermäßig viele Marken/Zeichen und Wettbewerber gibt. Bei derartigen Märkten ist der Bedarf an einer freien Nutzung nicht eintragungsfähiger Zeichen jedoch höher einzuschätzen, weshalb dem Zeicheninhaber die Eintragung verweigert werden muss. Insgesamt ist auch unter Abwägung aller Argumente ein Abstellen auf die Erkenntnisse aus Vergleich nicht angezeigt.

¹⁰⁹² A.A. Böes/Deutsch GRUR 1996, 168, 169.

¹⁰⁹³ Interview mit Frau Niedermann vom Institut für Demoskopie Allensbach vom 29.11.2010.

e) Keine Verrechnung von Verkehrsdurchsetzungsgraden

Da die Verkehrsdurchsetzung für alle beteiligten Verkehrskreise nachgewiesen sein muss, können die Bekanntheitsgrade einzelner Gruppen von Verkehrskreisen (z. B. Fachkreise und Endabnehmer) nicht miteinander verrechnet werden, um daraus eine Durchschnittsmeinung zu ermitteln. So führen beispielsweise eine 95%ige Zuordnung des Zeichens im Fachverkehr und ein Durchsetzungsgrad von 25 % bei den Endabnehmern nicht zu einem noch ausreichenden Gesamtergebnis von 60 %, sondern zur Verneinung der Verkehrsdurchsetzung, weil sich das Zeichen nicht im Gesamtbereich der relevanten Verkehrskreise durchgesetzt hat.¹⁰⁹⁴

f) Überblick über die Praxis des DPMA und der Rechtsprechung nach der Chiemsee-Entscheidung hinsichtlich der erforderlichen Durchsetzungsgrade

Nachstehende Grafik präsentiert eine Übersicht über die bisher ergangenen Entscheidungen des BGH und des BPatG der letzten Jahre, um einen Gesamteindruck darüber zu gewinnen, welche Prozentwerte bisher für eine Verkehrsdurchsetzung als ausreichend anerkannt wurden.¹⁰⁹⁵

Entscheidungen des BPatG:

Fundstelle	Markenform und Besonderheiten	Durchsetzungsgrad	Urteil
Beschluss vom 05.08.2013, Az.: 29 W (pat) 90/12 – Farbmarke Gelb	Abstrakte Farbmarke Gelb für Waren "zweisprachige Wörterbücher in Printform"; Überprüfung der korrekten Annahme einer Verkehrsdurchsetzung im Lösungsverfahren. Keine Berücksichtigung einer erforderlichen „einhelligen Verkehrsdurchsetzung“	Mindestens 66 %	+
Beschluss vom 09.07.2013, Az.: 33 W (pat) 124/07 – GALERIA	Wortmarke; hierbei ist zu berücksichtigen, dass "GALERIA" vorliegend nicht ein glatt beschreibendes Wort wie "Galerie", "Einkaufsgalerie" oder "Shopping-Galerie", sondern die romanisierte	67,5	+

¹⁰⁹⁴ Vgl. BPatGE 28, 44, 50 – BUSINESS WEEK; Ströbele MA 1984, 127, 135; GRUR 1987, 75, 81.

¹⁰⁹⁵ In der Übersicht werden auch Entscheidungen zum Lösungsverfahren aufgeführt. Die Bewertungsmaßstäbe sind jedoch grundsätzlich übertragbar.

	Form "GALERIA" angemeldet ist, die (im Gegensatz etwa zu "Trattoria" oder "Cafeteria") nicht als Gattungsangabe Eingang in die deutsche Sprache fand.		
BPatG MarkenR 2013, 234 – TOTO	Wortmarke	29,7 % (aber auch kein anderes Ergebnis bei 36,8 %)	-
Beschluss vom 24.04.2013, Az.: 26 W (pat) 568/12 – Blau/Silber	Farbmarke in Farbkombination	64,8 %	+
GRUR 2013, 394 – Spielwarenmesse	Wortmarke; Verkehrsdurchsetzung in Fachkreisen	52,4 % (nach Abzug der Toleranz)	+
GRUR 2013, 388 – test, aufgehoben BGH GRUR 2014, 483, 487, Nr. 47 – test, wobei die Aufhebung unter Ansatz eines Durchsetzungsgrades von 43 % erfolgte.	Wort-Bildmarke; zahlreiche andere Faktoren zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung berücksichtigt, z.B. Allensbacher Markt- und Werbeträgeranalyse (AWA), Benutzungsdauer, Auflagenstärke, starke Werbemaßnahmen, Sonderstellung als Verbrauchermagazin	43 %, nicht erheblich war, dass die Toleranz von 3,3 % wegen der Beweislastverteilung im Löschungsverfahren auch noch hinzuzuaddieren gewesen wäre und 46,3 % anzusetzen wären.	+
Beschluss vom 27.09.2012, Az.: 28 W (pat) 22/11 - INTRABEAM	Wortmarke; Verkehrsdurchsetzung in Fachkreisen	52,7 % (69,1% Kennzeichnungsgrad, 92,7 % Bekanntheitsgrad)	+
Beschluss vom 14. 3. 2012, Az.: 26 W (pat) 21/11 – S-Bahn	Wortmarke; nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung erforderlich; Toleranzabzug zu berücksichtigen.	44,7 % (48 %-3,3 % Toleranz)	-
GRUR 2011, 68 – Goldhase in neutraler Aufmachung	Formmarke; keine besonders hohen Anforderungen	saisonal bedingte Unterschiede beim Verkehrsdurchsetzungsgrad nach Abzug 67,3 % bzw. 30,2 % nicht entscheidend	+
GRUR 2010, 71 – Farbe Lila Pantone 258	Farbmarke auf sehr engem Warengebiet (hier: Tapetenkleister)	50 % zzgl. weiterer maßgeblicher Gesichtspunkte, hier Marktanteil 59 % und 71 % über 10 Jahre	+
GRUR-Prax 2010, 529 – DIE POST, POST II	Wortmarke	78,4 %	+
GRUR-Prax 2010, 435 – SPAR	Wortmarke; neben dem bei vorsichtiger Berechnungsweise eher knapp wirkenden Durchsetzungsgrad von 52,2 % wurden vor allem die frühere Marktstellung und die langjährige Benutzung der Marke im gesamten Bundesgebiet berücksichtigt.	52,2 %	+

GRUR-RR 2009, 426 – Yogurt-Gums	Wortmarke; Werbeaufwand, Absatz usw. nicht entscheidend, da es sich nicht um relevante Umstände handle, die nicht ohnehin bereits im Ergebnis der Verkehrsbefragung Berücksichtigung fänden.	27,7 %	-
Beschluss vom 14.07.2009, Az.: 33 W (pat) 121/07 – Schwäbisch Hall	Wortmarke; auch für 1 ½ Jahre zurückliegenden Zeitraum	60,5 % und 69,2 %	+
Beschluss vom 25.05.2009, Az.: 27 W (pat) 4/09 – BKK Salzgitter	Wortmarke; keine Berücksichtigung von Antworten in Bezug auf die „Unternehmensgruppe“ BKK	25,9 %; keine Erwähnung anderer Umstände	-
Beschluss vom 06.05.2009, Az. 29 W (pat) 19/05 – Magenta	Farbmarke; Kritik an der Fragestellung des Gutachtens, da der Begriff „Telefonanbieter“ bereits auf einen Dienstleister hinweise und die Frage, ob das Zeichen als betrieblicher Herkunftsnachweis gelte, vorwegnehme.	43 % für Dienstleistung „Telekommunikation“ nicht ausreichend, da Verkehrsdurchsetzung für einzelne unter den Oberbegriff fallende Dienstleistungen nicht zum Nachweis für den gesamten Oberbegriff führt. 79 % für eingeschränktes Verzeichnis ausreichend, bereits aber schon Eintragungshindernis verneint.	- +
GRUR 2007, 593 – Ristorante	lange Dauer der Benutzung (hier über 20 Jahre), beträchtlicher Marktanteil (hier um die 25%), hohe Umsatzzahlen (hier im Schnitt der letzten Jahre um die 200 Millionen Euro), kontinuierliche Werbemaßnahmen, sehr geringe Anzahl von Fehlzurechnungen zu konkret anderen Unternehmen (hier 5,3%)	49,9 % nach Abzug der Toleranz von 3,1%	+
Pharma Recht 2007, 467 – Melisengeist	Wortmarke; Durchsetzungsgrad von allenfalls knapp über 50 % bei den allgemeinen Verkehrskreisen reicht bei der vorliegenden reinen Gattungsbezeichnung nicht aus.	50,9 % (+/- 3,2 % Toleranz)	-
Beschluss vom 14.02.2007, Az. 26 W (pat) 15/00 – Farbmarke Braun	Farbmarke; bei der angemeldeten Marke handelte es sich nach dem BPatG nicht um ein Zeichen, das die fraglichen Dienstleistungen ihrer Art oder Beschaffenheit nach glatt beschreibt; auch von der üblichen Farbe von Verpackungspapier und anderen Verpackungen,	71,9 %	+

	wie Pappkartonagen, hebe sich das sehr dunkle Braun der Anmeldung deutlich ab.		
--	--	--	--

Entscheidungen des BGH:

Fundstelle	Markenform und Besonderheiten	Durchsetzungsgrad	Entscheidung
GRUR 2014, 483, 487, Nr. 47 – test	Wort-Bildmarke;	43 %	-
GRUR 2010, 138 – ROCHER-Kugel	3-D-Marke, entgegen BPatG GRUR 2008, 420 – ROCHER-Kugel	62 %	+
GRUR 2009, 954 – Kinder III	Farblich gestaltete Wortmarke, in Übereinstimmung mit BPatG GRUR 2007, 324 – Kinder	73,8 %	+
GRUR 2009, 669 – Post II	Wortmarke, Aufhebung der Entscheidung des BPatG GRUR 2008, 714, wonach 84,6 % als nicht ausreichend erachtet wurden. Daher BPatG GRUR-Prax 2010, 529 – DIE POST, POST II 78,4% +	84,6 % führt zu einhelliger Verkehrsdurchsetzung und ist zu hoch angesetzt	+
GRUR 2008, 510 – Milchschnitte	Formmarke; kein 50 % deutlich übersteigender Wert nötig	52 %	+

Aus dem Vergleich der ergangenen Entscheidungen lässt sich die Tendenz entnehmen, dass die Spruchpraxis des BPatG sich als weit strenger erweist als diejenige des BGH.¹⁰⁹⁶

g) Fazit

Ausgehend von der EuGH-Rechtsprechung ist eine Differenzierung der Unterscheidungskraft nach dem Freihaltebedürfnis nicht gerechtfertigt. Ebenfalls europarechtswidrig wäre es, für glatt beschreibende Angaben eine einhellige Verkehrsdurchsetzung zu verlangen. Das hinter dem § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG stehende Allgemeininteresse als Maßstab heranzuziehen, ist missverständlich und sollte bei der Abwägung des erforderlichen Verkehrsdurchsetzungsgrades keinesfalls maßgeblich sein.

¹⁰⁹⁶ Vgl. v. Schultz § 8, Rn. 243.

Richtig ist, eine Verkehrsdurchsetzungsquote von mindestens 50 % zu fordern, falls das Verkehrsgutachten die alleinige oder hauptsächliche Entscheidungsgrundlage darstellt. Zwar können konkrete Prozentangaben zur Höhe der Verkehrsdurchsetzung nicht allein ausschlaggebend sein, da es insgesamt auf die konkreten Umstände hinsichtlich der Marktverhältnisse, Verkehrskreise und Produktbereiche zu berücksichtigen sind. Allerdings gilt die sich aus einem Verkehrsdurchsetzungsgutachten ergebende Verkehrsdurchsetzungsquote von unter 50 % im Hinblick auf Wortlaut und Sinn des Begriffes „durchgesetzt“ nur unter eindeutigen anderweitigen Umständen als ausreichend und dies auch nur dann, wenn keine allzu hohe Abweichung von der 50-%-Marke vorliegt. Kommen Umstände hinzu, die neben den konkreten Befragungswerten eine andere Einschätzung ermöglichen, so ist immer noch von einem Mindestprozentsatz von ca. 40 % auszugehen. Eine derartige Ausnahme sollte jedoch die absolute Ausnahme darstellen.¹⁰⁹⁷

Unter Abwägung des oben Ausgeführten und für den Fall, das Verkehrsdurchsetzungsgutachten stellt die alleinige oder maßgebliche Beurteilungsquelle dar, ist ein Kennzeichnungsgrad von maximal 60-70 % im Regelfall als ausreichend zu betrachten, um von einer Verkehrsdurchsetzung und von der Eintragungsfähigkeit der Marke auszugehen. Bildet der Zuordnungsgrad (bzw. der „zuordnungskorrigierte“ Kennzeichnungsgrad) den Fokus,¹⁰⁹⁸ sollte eine richtige Herstelleridentifikation von ca. 50-60 % der Befragten zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung ausreichen.

Für Zeichen in bestimmten Marktsegmenten, in denen ein hoher Bekanntheitsgrad herrscht, wie z. B. bei Zigaretten, Getränken oder Zeitschriften, ist für die Bekanntheit bzw. Zuordnung kein höherer Grad zu fordern als in Spezialbereichen („low-interest-products“), da es stets auf die konkrete Durchsetzung und nicht auf die Frage ankommt, ob eine höhere Bekanntheitsstufe leichter zu erreichen ist.¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹⁷ Vgl. auch BPatG GRUR 2013, 388, 392 – test (46,3 %). Der BGH GRUR 2014, 483, 487, Nr. 40 ff. – test, der lediglich einen Durchsetzungsgrad von 43 % ansetzte, sah in diesem Verkehrsdurchsetzungsgrad noch keine Verkehrsdurchsetzung nachgewiesen. Der BGH argumentierte jedoch mit den Besonderheiten im konkreten Einzelfall und nicht damit, dass ein Durchsetzungsgrad von 43 % per se zu wenig erscheinen würden, um die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung zu rechtfertigen.

¹⁰⁹⁸ Auf den Zuordnungsgrad kommt es eigentlich auch nach der Ansicht in der Rechtsprechung nicht an, da der Kennzeichnungsgrad entscheidend ist und lediglich die Fehlzuordnungen bei der Ermittlung des Zuordnungsgrades nach der Praxis Einfluss auf den Kennzeichnungsgrad haben, daher „zuordnungskorrigierten“ Kennzeichnungsgrad. Eine Bedeutung dürfte der Zuordnungsgrad nur im Hinblick auf die nochmalige Bestätigung der Feststellung haben, ob Verkehrsdurchsetzung angenommen wird oder nicht.

¹⁰⁹⁹ A.A. Niedermann GRUR 2006, 367, 372; Böes/Deutsch GRUR 1996, 168, 169.

16. Verfahren, Aufwand, Dauer und Kosten

Ist der Fragebogen durch das DPMA „verabschiedet“, wird der Auftrag an den Sachverständigen festgelegt und vergeben.¹¹⁰⁰ Anschließend druckt das Meinungsforschungsinstitut die Fragebögen und etwaige Bildvorlagen.¹¹⁰¹ Die meisten Gutachter geben die Anzahl der eingesetzten Interviewer und die Dauer der sog. Feldarbeit bekannt, weil diese Kriterien für eine Bewertung der Sorgfalt Bedeutung erlangen können. Wenn nach Abschluss der sog. Feldarbeit der Rücklauf der Fragebögen abgeschlossen ist, wird im Institut geprüft, ob Gewichtungen erforderlich sind¹¹⁰² und Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Befragung nicht den Anweisungen des Instituts entspricht. Nach der Auswertung sämtlicher Fragebögen wird ein zusammenfassender Bericht erstellt und das Befragungsergebnis vom Gutachter kommentiert. Als letzte Schritte folgen die Vervielfältigung und die Versendung des Gutachtens.

Die Zeitdauer zwischen der Erteilung des endgültigen Gutachterauftrags und der Abgabe des Gutachtens wird nicht nur durch die Gesamtheit der Bearbeitungsabläufe und die Größe der Stichprobe, sondern auch dadurch bestimmt, ob eine Spezialumfrage oder eine Mehrthemenumfrage durchgeführt wurde. Die Ergebnisse aus Spezialumfragen mit üblicher Stichprobengröße liegen in der Regel nach vier bis sechs Wochen vor. Bei Mehrthemenumfragen beträgt die Zeitdauer ca. zwei Monate.¹¹⁰³ Wenn darüber hinaus noch bestimmte Anlagen gefertigt, etwa Kärtchen gedruckt oder Abbildungen erstellt werden müssen, kommen hierfür ein bis zwei Wochen hinzu. Eine weitere Verlängerung des Zeitraums kann sich zudem ergeben, wenn die nächste Mehrthemenumfrage erst einige Wochen nach Erteilung des Gutachterauftrags beginnt.

Wird ein Privatgutachten benötigt, kann eine Spezialumfrage mit verhältnismäßig geringer Stichprobengröße ausreichen. Sind für die Befragung keine Abbildungen und Kärtchen notwendig, ist es möglich, die Umfrage innerhalb von zwei bis drei Wochen durchzuführen, auszuwerten und kurz zu kommentieren.

¹¹⁰⁰ Vorausgesetzt der Anmelder hat nicht bereits zuvor selbst, gegebenenfalls ohne Rücksprache mit dem DPMA zu führen, das demoskopische Institut beauftragt.

¹¹⁰¹ Bei Farbmarken kann es angezeigt sein, dass die Ausfertigung der Vorlage durch den Anmelder erfolgt, um eine mit dem konkret im Markt und bei der Anmeldung verwendeten Zeichen identische Vorlage zu erhalten und der Farbton genau getroffen wird.

¹¹⁰² Durch eine Gewichtung kann etwa eine Teilgruppe der Grundgesamtheit überproportional oder unterproportional dargestellt werden. Wenn z. B. für ein Befragungsthema die Kenntnisse und/oder die Erwartungen von Minderjährigen eine besondere Rolle spielen, können für diese Personengruppe Befragungen vorgesehen werden, die über dem statistischen Durchschnittswert liegen.

¹¹⁰³ Vgl. Hasselblatt/*Eichmann* § 9, Rn. 98.

Im Falle der Befragung durch ein Telefoninterview liegen die Ergebnisse in der Regel wesentlich schneller vor, da die Anzahl der Interviewer meist deutlich geringer ausfällt als bei unmittelbaren und persönlichen Befragungen. Darüber hinaus sind auf diese Befragungsart viele Befragungspersonen – insbesondere aus Fachkreisen – besser und zeitsparender erreichbar.

Die Kosten sind von der Art der Befragung abhängig und ergeben sich aus unterschiedlichen Faktoren. Sie richten sich nach der Feldarbeit und hinsichtlich der Auswertung u. a. nach der Anzahl der Befragungspersonen sowie der Anzahl der Fragen. Konkrete Angaben sind hierzu kaum möglich, da die Unterschiede in der Umfragemethodik Auswirkungen auf die Kosten nach sich ziehen. Soweit diesbezüglich Zahlen genannt werden, ist mit einem Kostenaufwand zwischen ca. 10.000,00 € bis über 50.000,00 € zu rechnen.¹¹⁰⁴ Im Fall einer Markenvariante ohne Verkehrskreisauswahl liegen die Kosten bei etwa 12.000,00 €. Eine Spezialumfrage, die eine diffizile Publikumsabgrenzung beinhaltet, verursacht dagegen Kosten bis zu 22.000,00 €. Bei der Befragung mehrerer Markenvarianten für den Anmelder ist je Variante mit einem Aufschlag von etwa 1/4 bis 1/3 der Gesamtkosten zu rechnen. Eine zusätzliche Aufklärungsfrage ist mit Mehrkosten von 1.000,00 € bis 3.000,00 € zu beziffern, sodass es im Belieben des oftmals privaten Auftraggebers liegt, ob er diese Zusatzkosten bei nur eingeschränktem Nutzen in Kauf nimmt.¹¹⁰⁵

Für Mehrthemenumfragen mit vier bis fünf Befragungen liegen die Kosten im Allgemeinen in einem Bereich zwischen 10.000,00 € und 20.000,00 €, da sich mehrere Auftraggeber einzelner Themenkomplexe die relativ hohen Basiskosten einer Umfrage teilen.

Im Fall einer Spezialumfrage muss diese jedoch der jeweilige Auftraggeber allein tragen. Gleichwohl sind Spezialumfragen manchmal unumgänglich, etwa dann, wenn es auf eine schnelle Durchführung der Begutachtung ankommt, z.B. im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens, oder die beteiligten Verkehrskreise einen so geringen Bevölkerungsanteil ausmachen, dass sie sich durch einzelne Mehrthemenumfragen gar nicht und ansonsten nur durch Kumulation mehrerer nacheinander durchgeführter Umfragen (sog. „Buswellen“) in aussagekräftiger Größenordnung kontaktieren ließen. Dann jedoch würde sich das Einsparpotenzial einer Mehrthemenumfrage aufgrund des

¹¹⁰⁴ Vgl. Loschelder/*Pflüger* § 42, Rn. 6.

¹¹⁰⁵ Interview mit Frau Niedermann vom Institut für Demoskopie Allensbach vom 29.11.2010.

hohen Aufwands für die Ermittlung der Verkehrsbeteiligung in einen Kostennachteil umwandeln.¹¹⁰⁶

Die finanziellen Belastungen für ein Gutachten setzen sich grob aus den Kosten für die organisatorische Arbeit des Sachverständigen, die insbesondere den Aufwand für Konzeption, Fragebogenausarbeitung und -abstimmung sowie Gutachtenerstellung umfasst, und den Kosten für die Feldarbeit, d. h. für die praktische Tätigkeit der Datenerhebung, Datenaufbereitung und Datenauswertung, zusammen. Die Kosten für die Feldarbeit resultieren maßgeblich aus der Anzahl der Interviews und der Erreichbarkeit der Befragungsadressaten, welche möglicherweise mehrmals aufzusuchen sind, falls sie beim ersten Versuch nicht erreichbar waren.

Die Kosten für ein demoskopisches Gutachten sind im Eintragungsverfahren vom Anmelder zu tragen. Dies ist angesichts des Amtsermittlungsverfahrens problematisch, da in derartigen Verfahren die Begleichung der zur Aufklärung des Sachverhalts erforderlichen Kosten grundsätzlich der staatlichen Stelle obliegt. Allerdings kann hier auf § 17 Abs. 3 GKG verwiesen werden, der es erlaubt, bei Handlungen, die von Amts wegen vorgenommen werden, einen Vorschuss zur Deckung der Auslagen zu erheben.¹¹⁰⁷ Zudem handelt es sich bei dem Anmelder im Rahmen eines Verkehrsdurchsetzungsverfahrens zumeist naturgemäß um ein finanzstarkes Unternehmen, welches die Eintragung aufgrund einer Verkehrsdurchsetzung für ein Zeichen beantragt, mit dessen Eintragung weitreichende Folgen für Mitbewerber einhergehen. Es erscheint nicht unangemessen, dem Anmelder folglich die Kosten aufzubürden. Die Kostentragung dient auch einer Missbrauchsvorbeugung. Wäre die Durchführung eines Verkehrsgutachtens bei der Anmeldung einer Marke kostenfrei, bestünde die Gefahr, dass Anmelder dies ausnutzen und bei jedem Vorliegen eines Eintragungshindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG ein Verkehrsdurchsetzungsgutachten beantragen, auch wenn dies offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hätte. Insofern dient die Kostentragung auch der Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arbeitsfähigkeit des DPMA. Entscheidend dürfte jedoch sein, dass die Durchführung eines Verkehrsdurchsetzungsgutachtens eine Ausnahme von dem summarischen Charakter des registerrechtlichen Verfahrens darstellt. Die Amtsprüfung soll sich auf naheliegende, leicht feststellbare Umstände beschränken. Kosten für weitergehende, quasi über den Amtsauftrag hinausgehende Ermittlungen –

¹¹⁰⁶ In einigen Instituten gibt es jedoch für bestimmte Zielgruppen aber auch sog. Spezialbusse, also Mehrthemenumfragen, die sich ausschließlich an Fachkreise wenden; vgl. Dobel S. 134.

¹¹⁰⁷ Vgl. BGH WRP 2010, 531, 533 – Quersubventionierung von Laborgemeinschaften II.

und darum handelt es sich bei der demoskopischen Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung – hat der Anmelder zu tragen.

17. Eintragung und Veröffentlichung

Die Auswertung eines demoskopischen Gutachtens obliegt im Rahmen des Amtsermittlungsprinzips den verantwortlichen Stellen. Der Prüfer oder Richter muss anhand einer freien Beweiswürdigung abschätzen, ob sich das Zeichen tatsächlich im Verkehr durchgesetzt hat, wobei er den Ergebnissen des Gutachtens nicht „blind“ vertrauen darf.¹¹⁰⁸ Gilt die Verkehrsdurchsetzung schließlich als nachgewiesen, so wird das Zeichen als Marke mit dem Zusatz „verkehrsdurchgesetzte Marke“ im Markenregister eingetragen¹¹⁰⁹ (§ 25 Nr. 7 MarkenV) und gem. § 27, 28 MarkenV im Markenblatt veröffentlicht. Weitere Informationen über den Verkehrsdurchsetzungsgrad und sonstige relevante Umstände sind hingegen lediglich per Einsicht in die betreffende Akte zu erlangen.¹¹¹⁰ Kann der Anmelder den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung nur für einen bestimmten Teil der Waren oder Dienstleistungen erbringen, wird die Anmeldung für den nicht verkehrsdurchgesetzten Teil per Beschluss zurückgewiesen, während der von der Durchsetzung umfasste Part des Zeichens nach Rechtskraft des Zurückweisungsbeschlusses als Marke eingetragen wird.

18. Schutzzinhalt und Schutzdauer

Nach der Eintragung der verkehrsdurchgesetzten Marke steht die Marke einer sonstigen eingetragenen Marke gem. § 4 Nr. 1 MarkenG gleich. Der Markeninhaber hat somit auch Anspruch auf sämtliche Markenschutzrechte, insbesondere aus §§ 14, 18 und 19 MarkenG. Bei einem Konflikt mit einem anderen Zeichen kommt der eingetragenen Marke kraft Verkehrsdurchsetzung für gewöhnlich, aber nicht zwingend, eine normale Kennzeichnungskraft zu. Der Grad der Kennzeichnungskraft ist im Kollisionsverfahren selbstständig zu bestimmen.

Wie bei jeder anderen nach § 4 Nr. 1 MarkenG eingetragenen Marke bestimmt sich die Schutzdauer nach § 47 MarkenG. Auch wenn die Eintragung der Marke nach § 37

¹¹⁰⁸ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 568.

¹¹⁰⁹ Bei älteren Markeneintragungen fehlt dieser Hinweis gelegentlich, da erst seit 01.01.1966 entsprechende Publikationen vorgenommen wurden, vgl. *Ströbele/Hacker* § 8 Rn. 451.

¹¹¹⁰ Vgl. *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 569.

Abs. 2 MarkenG eingetragen wurde und dies eine Änderung des Zeitranges im Sinne nach § 6 Abs. 2 MarkenG zur Folge hat, ändert sich daran nichts. Denn § 37 Abs. 2 MarkenG hat keine verfahrensrechtlichen Auswirkungen auf den Anmeldetag nach § 33 Abs. 1 MarkenG.¹¹¹¹ Da eine Überprüfung, ob zum Zeitpunkt des Antrags auf Schutzverlängerung weiterhin die Schutzvoraussetzungen nach § 8 Abs. 3 MarkenG bestehen, nicht erfolgt, kann die Schutzdauer auch ohne Weiteres gem. § 47 Abs. 2 MarkenG zeitlich unbeschränkt verlängert werden.

II. Besonderheiten im Widerspruchsverfahren

Die Frage der Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens kann ausschließlich im absoluten Prüfungsverfahren, nicht dagegen im Widerspruchsverfahren vom Patentamt erörtert werden. Der Inhaber eines aus mehreren Bestandteilen bestehenden Zeichens kann sich deshalb im Widerspruchsverfahren grundsätzlich nicht darauf berufen, ein von Haus aus schutzunfähiger Bestandteil seines Zeichens habe sich zwischenzeitlich für ihn im Verkehr durchgesetzt.¹¹¹² Dieser Einwand ist lediglich dann zu berücksichtigen, wenn die Durchsetzung des fraglichen Zeichenbestandteils bereits in einem förmlichen Eintragsverfahren vor dem DPMA festgestellt wurde oder aus sonstigen Gründen aktenkundig ist und keine weiteren Ermittlungen erfordert.¹¹¹³

III. Besonderheiten im Löschungsverfahren

Nach § 50 Abs. 2 S. 1 MarkenG kann eine Marke, die entgegen §§ 3, 7 oder 8 Abs. 2 Nr. 1-9 MarkenG eingetragen wurde, nur gelöscht werden, wenn das Schutzhindernis auch im Zeitpunkt der Entscheidung über die Löschung noch besteht.¹¹¹⁴

Streitig war lange, ob für die im Nichtigkeitsverfahren (§ 50 Abs. 1 MarkenG) vorzunehmende Prüfung der Schutzhindernisse auf den Zeitpunkt des Eintragungszeitpunkts oder des Anmeldezeitpunktes abzustellen ist. Die Beantwortung dieser Frage ist v.a. dann von Bedeutung, wenn zwischen Anmeldung und Eintragung ein erheblicher

¹¹¹¹ Vgl. Ströbele/Hacker/Kirschneck § 37, Rn. 7.

¹¹¹² Vgl. BGH GRUR 1965, 183, 186 f. – derma; BPatG vom 16.11.2009, Az.: 25 W (pat) 38/08 – Plus.

¹¹¹³ Vgl. BGH GRUR 1965, 183, 187 – derma; Ströbele MA 1984, 127, 137; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 454; zur Zurückweisung wegen Verspätung vgl. Busse/Stark § 4, Rn. 142.

¹¹¹⁴ Vgl. BPatG GRUR 2007, 324, 327 – Kinder (schwarz-rot), bestätigt durch BGH GRUR 2009, 954 – Kinder III; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 455; zur alten Rechtslage im WZG etwa BGH GRUR 1965, 146, 150 ff. – Rippenstreckmetall II.

Zeitraum liegt. In einem Vorabentscheidungsverfahren hatte BPatG dem EuGH die Frage vorgelegt, ob Art. 3 Abs. 3 S. 1 MarkenRL dahin auszulegen ist, dass es auch dann auf den Zeitpunkt der Anmeldung der Marke – und nicht auf den Zeitpunkt ihrer Eintragung – ankommt, wenn der Markeninhaber im Rahmen der Verteidigung gegen einen Löschungsantrag der Marke geltend macht, dass die Marke jedenfalls über drei Jahre nach der Anmeldung, aber noch vor der Eintragung infolge ihrer Benutzung sich im Verkehr durchgesetzt habe.¹¹¹⁵ In dem der Entscheidung des BPatG zugrundeliegenden Fall waren zwischen der Anmeldung und der Entscheidung über die Eintragung knapp fünfeinhalb Jahre vergangen. Das Gericht sah den Anmelder ungerechtfertigt benachteiligt, wenn am Anmeldetag die Eintragungsvoraussetzungen erfüllt seien und diese Voraussetzungen im Lauf des Verfahrens entfallen.¹¹¹⁶ Der EuGH entschied die Vorabentscheidungsfrage dahingehend, dass im Rahmen des Löschungsverfahrens bei einer nicht originär unterscheidungskräftigen Marke bei der Beurteilung, ob diese Marke infolge Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, zu prüfen ist, ob die Unterscheidungskraft vor der Anmeldung der Marke erworben wurde. Unerheblich sei insoweit, dass der Inhaber der streitigen Marke geltend macht, sie habe jedenfalls nach der Anmeldung, aber noch vor ihrer Eintragung, infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt.¹¹¹⁷ Zwischen der Einleitung des Vorabentscheidungsverfahrens durch das BPatG und der Entscheidung des EuGH hatte auch der BGH¹¹¹⁸ entschieden und die Entscheidung mittlerweile bestätigt, dass die Unterscheidungskraft zum Zeitpunkt der Anmeldung vorliegen müsse. Dies gelte auch bei lange zurückliegenden Eintragungsverfahren, bei denen wegen des Zeitablaufs oder sich schnell wandelnder Verkehrsvorstellungen eine sichere Beurteilung besonders schwierig sein kann.

Dennoch ist weiterhin streitig, ob die Marke nach § 49 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG verfallsreif ist, sobald die im Anmeldezeitpunkt vorhandene Verkehrsdurchsetzung nachträglich verlustig geht (unter Ziffer 1.).

Darüber hinaus kommen im Löschungsverfahren noch zwei verschiedene Fallvarianten in Betracht, bei denen die Frage der Verkehrsdurchsetzung u. U. nachträglich re-

¹¹¹⁵ Vgl. BPatG GRUR 2013, 844, 848 – Sparkassen-Rot unter Bezugnahme auf EuGH vom 05.10.2004, Az.: C-192/03 P, Slg. 2004 I 08993, Nr. 40 – BSS; EuGH vom 23.04.2010, Az.: C-332/09, Slg. 2010 I-000049, Nr. 41 ff. – FLUGBÖRSE.

¹¹¹⁶ Vgl. BPatG GRUR 2013, 844, 848 – Sparkassen-Rot.

¹¹¹⁷ Vgl. EuGH GRUR 2014, 776 – Sparkassen-Rot.

¹¹¹⁸ Vgl. BGH 2014, 565, 568 f., Nr. 26 – Smartbook, BGH GRUR 2013, 1143, 1144, Nr. 15 – Aus Akten werden Fakten.

levant ist. Zum einen kann bei einem angemeldeten Zeichen trotz eines tatsächlich bestehenden Eintragungshindernisses die Verkehrsdurchsetzung überhaupt nicht geprüft worden sein. Dies trifft zu, wenn fälschlicherweise ein Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG übersehen und das Erfordernis einer Verkehrsdurchsetzung daher nicht für erheblich erachtet (unter Ziffer 2.) wurde. Zum anderen ist die Fallvariante möglich, dass die Verkehrsdurchsetzung aufgrund fehlender oder unzureichender Tatsachengrundlagen bzw. fehlerhafter Auswertung sowie Bewertung irrtümlich angenommen wurde (unter Ziffer 3.).

1. Nachträglicher Verlust der ehemals vorhandenen Verkehrsdurchsetzung¹¹¹⁹

Für den Fall, dass eine Verkehrsdurchsetzung nach der auf Verkehrsdurchsetzung beruhenden Eintragung des Zeichens verlustig geht, ist fraglich, ob dies grundsätzlich einen Verfall nach § 49 MarkenG und damit einen Lösungsgrund begründet. Einigkeit besteht darüber, dass § 49 MarkenG keinen unmittelbaren Ansatz für eine solche Einschätzung bietet. Allerdings ist streitig, ob nicht § 49 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG analog heranzuziehen ist. Eine Ansicht¹¹²⁰ macht eine analoge Anwendung davon abhängig, ob es sich bei der angegriffenen Marke um eine solche handelt, die ihrem Inhalt nach an sich eine Gattungsbezeichnung i.S.d. § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG darstellt. Weiter müsste aufgrund der zum Zeitpunkt der Eintragung das Freihaltebedürfnis überwindenden Verkehrsdurchsetzung¹¹²¹ diese zwar zu Recht eingetragen worden sein, jedoch verlor die Marke diese Verkehrsdurchsetzung später aus zurechenbaren Gründen wieder. Dem liegt das Argument zugrunde, dieser Fall entspreche dem in § 49 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG geregelten Tatbestand,¹¹²² da es sachlich keinen Unterschied mache, ob die Eigenschaft

¹¹¹⁹ Über §§ 22 Abs. 1 Nr. 2 1. Alt. i.V.m. § 49 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist diese Problematik auch bedeutsam für das Verletzungsverfahren, bei dem die weggefallene Verkehrsdurchsetzung einen Einwand gegen den prioritätsälteren Markeninhaber begründen könnte. Insofern stellte der BGH GRUR 2003, 1040, 1041 f. – Kinder aber zudem klar, dass eine gerichtliche Überprüfung sich überhaupt nur auf Fälle beschränkt, in denen die Lösungsreife der prioritätsälteren Marke im Lösungsverfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt nach § 54 MarkenG nicht (mehr) geltend gemacht werden kann.

¹¹²⁰ Vgl. Ekey/Klippel/Bous § 49, Rn. 22; Hauck/Fischöder GRUR 2004, 185, 186; wohl auch OLG Köln WRP 2001, 57, 59 – Kinder Kram, nach dem die weggefallene Verkehrsdurchsetzung im Hinblick auf das Kollisionsverfahren einen Einwand nach §§ 22 Abs. 1 Nr. 2 1. Alt. i.V.m. § 49 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG begründen könnte, wobei es eine endgültige Entscheidung diesbezüglich offen ließ.

¹¹²¹ Ekey/Klippel/Bous § 49, Rn. 22 spricht hier von der Verkehrsgeltung, gemeint sein dürfte jedoch die Verkehrsdurchsetzung, vgl. Ekey/Klippel/Bous § 49, Rn. 22 letzter Satz.

¹¹²² Ekey/Klippel/Bous § 49, Rn. 22 widerspricht sich jedoch selbst, da er selbst die in § 49 MarkenG genannten Verfallsgründe für abschließend erachtet (§ 49, Rn. 4). Klar ist jedoch, dass § 49 Abs. 2

der Marke, eine an sich nicht schutzfähige Gattungsbezeichnung zu sein, erst nachträglich entsteht oder nach zwischenzeitlichem Erliegen später wieder auflebt. Bei einer Marke, die jedoch keine Gattungsbezeichnung darstellt, wäre § 49 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG auch nach dieser Ansicht trotz späteren Verlusts einer Verkehrsdurchsetzung nicht anwendbar.

Nach der Rechtsprechung und der h. L. besitzt die nachträglich nicht mehr vorliegende Verkehrsdurchsetzung dagegen keine Relevanz für das Lösungsverfahren hinsichtlich dieser Marke.¹¹²³ Entfallen nach ihrer Eintragung nachträglich deren Voraussetzungen aufgrund Verkehrsdurchsetzung i.S. von § 8 Abs. 3 MarkenG, so begründet dies keine Lösungsreife der Marke wegen Verfalls. Der Tatbestand der Verkehrsdurchsetzung sei in § 49 Abs. 2 MarkenG nicht angeführt. Die Vorschrift des § 49 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, die den Fall einer nachträglichen Umwandlung einer Marke zu einer gebräuchlichen Bezeichnung der Waren oder Dienstleistungen betrifft und dem absoluten Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG entspricht, sei wegen der abschließenden Aufzählung in § 49 Abs. 2 MarkenG auf den Fortfall der Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG nicht entsprechend anwendbar.¹¹²⁴

Die erstgenannte Ansicht ist nicht haltbar. Es handelt sich bei der Norm des § 49 MarkenG um eine abschließende Regelung über die Verfallsgründe. Verfall impliziert im wörtlichen Sinne, etwas habe zunächst Bestand gehabt. Bei Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung entfällt der Tatbestand des Eintragungshindernisses nicht einfach, er wird lediglich überwunden. Die in § 49 MarkenG aufgeführten Tatbestände betreffen jedoch Marken, die ohne Weiteres eintragungsfähig waren. Diese „einfache“ Eintragungsmöglichkeit kann bei einem verkehrsdurchgesetzten Zeichen jedoch nicht verfallen. Darüber hinaus gilt es zu bedenken, dass die Regelung, das Eintragungshindernis bei nachgewiesener Verkehrsdurchsetzung für nicht maßgeblich zu erachten, bewusst normiert wurde. Stellte der Gesetzgeber einerseits absichtlich auf einen solchen Eintragungsgrund ab, hätte er ihn andererseits auch bei § 49 MarkenG ausdrücklich berücksichtigen müssen. Eine unbeabsichtigte Gesetzeslücke ist daher nicht anzunehmen. Eine analoge Anwendung verbietet sich zuletzt auch deshalb, weil eine enge Fassung das

Nr. 1 MarkenG nicht direkt und unmittelbar auf diese Konstellation anwendbar ist, auch wenn es nach ihm sachlich keinen Unterschied mache.

¹¹²³ Vgl. BGH GRUR 2003, 1040, 1042 – Kinder; BPatG Pharma Recht 2007, 467 – Melissengeist; OLG Düsseldorf vom 23.11.2004, Az.: I-20 U 78/04 – Yoghurtgums.

¹¹²⁴ Vgl. BGH GRUR 2003, 1040, 1042 – Kinder; vgl. auch Fezer § 49, Rn. 31; Ströbele/Hacker § 49, Rn. 29.

Vertrauen des Markeninhabers in den Bestand seiner Marke vor dem Allgemeininteresse an einer Löschung seiner Marke schützt und ein solches Vertrauen schützenswert ist.

Im Übrigen dürfte dieser Streit kaum von Bedeutung sein. In der Praxis des Eintragungsverfahrens ist das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG als einzig zu überwindendes Eintragungshindernis eher unwahrscheinlich. Entweder kommt es nämlich allein auf die Tatbestände der § 8 Abs. 2 Nr. 1-2 MarkenG an oder aber eine übliche Bestimmung im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG ist regelmäßig bereits wegen fehlender Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG vom Schutz ausgeschlossen. Denn bei beiden Schutzhindernissen kommt es auf die fehlende Eignung der Marke zur Ausübung der Herkunftsfunktion an.¹¹²⁵ Darüber hinaus erfordert der Verfallsgrund ein objektiv zurechenbares Verhalten oder Untätigbleiben des Markeninhabers. Verlangt werden jedoch nur zumutbare Maßnahmen, die ein sorgfältiger und wirtschaftlich denkender Unternehmer ohnehin treffen würde.¹¹²⁶

Ob sich der Verlust der Verkehrsdurchsetzung allerdings auf den Schutzzumfang des Zeichens im Verletzungsprozess auswirkt, ist eine andere Frage.

2. Irrtümliche Unerheblichkeit einer Verkehrsdurchsetzung

Ist die Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung trotz Vorliegens eines oder mehrerer Eintragungshindernisse unterblieben, kommt die Löschung einer Marke gem. § 50 Abs. 1, 2 S. 1 MarkenG dennoch nicht mehr in Betracht, wenn die Schutzhindernisse i.S.d. § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG durch eine nachträgliche Verkehrsdurchsetzung überwunden wurden.¹¹²⁷ Hier muss der Antragsteller darlegen, dass tatsächlich ein Eintragungshindernis bestand und zum Zeitpunkt der Löschungsentscheidung auch noch fortbesteht.¹¹²⁸ Wird die Verkehrsdurchsetzung dann nachträglich nachgewiesen, bewirkt der nachträgliche Wegfall eines Eintragungshindernisses im Lösungsverfahren keine Zeitrangverschiebung gem. § 37 Abs. 2 MarkenG.¹¹²⁹

Die Feststellungslast für den Fall, dass eine Verkehrsdurchsetzung im aktuellen Zeitpunkt nicht besteht und zum Zeitpunkt der Anmeldung nicht mehr nachweisbar ist,

¹¹²⁵ Vgl. EuG GRUR Int 2011, 519, 521, Nr. 29 – 5 HTP; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 447; *Ströbele/Hacker* § 49, Rn. 29.

¹¹²⁶ Vgl. *Ekey/Klippel/Bous* § 49, Rn. 23; *Ströbele/Hacker* § 49, Rn. 33; *Fezer* § 49, Rn. 30.

¹¹²⁷ Vgl. BPatG GRUR 2007, 324, 327 – *Kinder* (schwarz-rot).

¹¹²⁸ Vgl. BPatG GRUR 2006, 155 – *Salatfix*.

¹¹²⁹ Entgegen der nach dem Anmeldetag auf Hinweis nachgewiesenen Verkehrsdurchsetzung, vgl. hierzu Kap. E.I.5.b)

müsste der Antragsteller tragen.¹¹³⁰ Zwar besagt der Bestand des Zeichens als Marke nichts über eine etwaige Verkehrsdurchsetzung zum Zeitpunkt der Eintragung, da eine solche nicht geprüft wurde. Dennoch ist der Wortlaut des § 50 Abs. 2 MarkenG in Bezug auf die allgemeinen Beweislastregeln eindeutig. Wer die Löschung einer eingetragenen Marke erreichen will, muss über die Tatsache hinaus, dass das Zeichen entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG eingetragen wurde, auch beweisen, dass das Schutzhindernis auch noch zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag besteht. Wollte man Gegenteiliges zugrunde legen, so müsste die Norm etwa lauten: „Wurde die Marke entgegen §§ 3, 7 oder 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 9 eingetragen, so wird die Eintragung nicht gelöscht, wenn...“. Kann der Antragsteller dieser Beweispflicht nicht nachkommen, bleibt die Marke bestehen.¹¹³¹ Dies mag ungerecht erscheinen, wenn die Verkehrsdurchsetzung zum Zeitpunkt der Eintragung ebenso wenig bestand. Dennoch ist dieses Ergebnis im Hinblick auf allgemeine Beweislastregeln und die Eindeutigkeit des Gesetzestextes nicht vermeidbar. Außerdem darf der Anmelder grundsätzlich auf die Eintragungsbehörden vertrauen, sodass ihm ebenfalls eine schützenswerte Rechtsposition zuzugestehen ist. Außerdem ist im Rahmen eines etwaigen Verletzungsverfahrens der Schutzzumfang eventuell einzuschränken.¹¹³²

Zu beachten ist auch, dass für die Fälle des § 50 Abs. 1, 2 MarkenG gem. § 50 Abs. 2 S. 2 MarkenG eine Löschung nur in Betracht kommt, wenn der Löschungsantrag innerhalb von zehn Jahren ab dem Tag der Eintragung gestellt wird.

3. Irrtümliche Feststellung einer tatsächlich nicht gegebenen Verkehrsdurchsetzung

Eine Löschung nach § 50 Abs. 1 MarkenG kommt zudem in Betracht, wenn die Eintragung der Marke auf einer vom DPMA zu Unrecht angenommenen Verkehrsdurchsetzung beruht. In diesem Zusammenhang stellt sich v. a. die Beweis- bzw. Fest-

¹¹³⁰ Vgl. hierzu aber auch E.III.3.b) und c).

¹¹³¹ A.A. anscheinend das BPatG vom 14. 3. 2012, Az.: 26 W (pat) 21/11, Nr. 38 – S-Bahn: Das Gericht gab der Löschungsantragstellerin Recht, wonach die Fehlertoleranz abzuziehen sei. Damit legte das Gericht dem Markeninhaber die Feststellungslast auf. Es stützte sich ohne nähere Begründung auf BPatG GRUR 2007, 324, 329 – Kinder (schwarz-rot) und BPatG GRUR 2007, 593, 596 – Ristorante, wobei diese hier gar nicht maßgeblich waren. BPatG GRUR 2007, 324, 329 – Kinder (schwarz-rot) ließ dies Frage ausdrücklich offen. BPatG GRUR 2007, 593, 596 – Ristorante betraf das Beschwerdeverfahren zur Eintragung der Marke.

¹¹³² Ausführlich hierzu die Ausführungen unter 3.b) und c).

stellungslast problematisch dar. Es gilt, zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden.

a) Fehlerhafte rechtliche Bewertung vollständig vorliegender Beweisergebnisse

Soweit es um die zutreffende rechtliche Einschätzung vorliegender Beweisergebnisse geht, richtet sich die Bewertung nach dem in §§ 59 und 73 MarkenG verankerten Amtsermittlungsprinzip. Dies greift, wenn im Eintragungsverfahren der tatsächlich ermittelte Zuordnungsgrad die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung zugunsten des Anmelders nicht gerechtfertigt hätte¹¹³³ oder etwa die Fehlertoleranzen nicht ausreichend beachtet worden wären. Auf eine Beweislastproblematik der Beteiligten kommt es zunächst nicht an, da auf die bereits vorliegenden Beweisergebnisse zurückzugreifen ist, deren Tatsachen der rechtlichen Beweiswürdigung und Auswertung zugrunde zu legen sind. Dies hat von Amts wegen in einer Gesamtschau bezüglich aller relevanten Umstände zu erfolgen.¹¹³⁴ Nur für den Fall, dass die Verkehrsdurchsetzung auch unter Berücksichtigung dieser Umstände fälschlicherweise bejaht wurde, stellt sich die Frage, wer für die Tatsache, dass dennoch eine Verkehrsdurchsetzung zum Eintragungszeitpunkt vorlag oder aber eine solche nachträglich zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag festzustellen ist, die Beweislast trägt. Die hierzu entscheidungsrelevanten Gesichtspunkte entsprechen der im Folgenden dargestellten Konstellation (vgl. 3. b)).

b) Annahme einer Verkehrsdurchsetzung trotz fehlender oder unzureichender Feststellungen

Am häufigsten tritt in der Rechtsprechung der Fall auf, dass die Verkehrsdurchsetzung trotz fehlerhafter oder unzureichender Feststellungen angenommen wurde (z. B. weil die Eintragung der Marke erfolgte, obwohl die Verkehrskreisauswahl fehlerhaft oder der Fragenkatalog für das Verkehrsgutachten nicht ordnungsgemäß verfasst war).

Der Wortlaut des § 50 Abs. 1 MarkenG gestattet eine Löschung aber auch dann, wenn die Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung nicht ordnungsgemäß vonstattenging,

¹¹³³ Vgl. hierzu etwa BPatG GRUR 1997, 833, 835 – digital, worin es um die Frage ging, ob bei der Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung eine einhellige Verkehrsdurchsetzung hätte erforderlich sein müssen.

¹¹³⁴ Vgl. BGH GRUR 2009, 669, 672 Nr. 32 – POST II

weil die Marke auch in diesem Fall (und nicht nur bei nachweislich fehlender Verkehrsdurchsetzung) entgegen § 8 Abs. 3 MarkenG eingetragen wurde.

In all diesen Fällen, in denen die für die Bejahung der Verkehrsdurchsetzung erforderlichen tatsächlichen Feststellungen fehlen (s. o. unter Ziffer 2.), fehlbewertet wurden (s. o. unter Ziffer 3.a) oder unzureichend sind, ist die Beweislastproblematik in Rechtsprechung¹¹³⁵ und Lehre nicht abschließend geklärt. Es stellt sich die Frage, welcher der Beteiligten des Löschungsverfahrens den Beweis dahingehend führen muss, ob tatsächlich eine Verkehrsdurchsetzung im Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag vorliegt bzw. im Zeitpunkt der Eintragung¹¹³⁶ vorlag oder nicht, und wem letztendlich die Feststellungslast obliegt.

So ging das BPatG in seiner „digital“-Entscheidung¹¹³⁷ davon aus, dass die objektive Beweislast den Antragsteller treffe. Es sei für das Löschungs- wie auch für das Eintragungsverfahren davon auszugehen, dass derjenige, der sich auf das Fehlen bzw. Vorliegen einer Verkehrsdurchsetzung beruft, neben einer objektiven auch einer subjektiven Beweislast unterliege. Insoweit sei das in den §§ 59, 73 MarkenG verankerte Amtsermittlungsprinzip eingeschränkt. Der Antragsteller müsse daher zunächst beweisen, dass die Marke zum Eintragungszeitpunkt – mittlerweile nach dem EuGH¹¹³⁸ und BGH¹¹³⁹ der Anmeldezeitpunkt – keine Verkehrsdurchsetzung aufwies.

In der neueren Rechtsprechung wendet das BPatG¹¹⁴⁰ eine Beweislastumkehr hinsichtlich der objektiven Beweislast an, wenn die Verkehrsdurchsetzung fälschlicherweise aufgrund eines Fehlers in den vom Antragsteller zu verantwortenden Unterlagen angenommen wurde, ob verschuldet oder nicht, insbesondere bei Mängeln des im Eintragungsverfahren zugrunde gelegten Gutachtens. Zwar dürfe sich der Markeninhaber grundsätzlich auf die für ihn positive Beurteilung seiner Marke durch das DPMA verlassen.¹¹⁴¹ Es erscheine aber dennoch nicht unbillig, den Markeninhaber im Löschungsverfahren mit dem (nachträglichen) Nachweis der Verkehrsdurchsetzung zu belasten. Aus Billigkeitserwägungen soll so verhindert werden, dass selbst grösste Fehler bei der

¹¹³⁵ Zuletzt BGH GRUR 2009, 669 – POST II; noch abweichend BPatG GRUR 2008, 420 – ROCHER-Kugel (aufgehoben durch BGH GRUR 2010, 138, 142, Nr. 48 – ROCHER-Kugel)

¹¹³⁶ Vgl. unten unter Ziffer 3..

¹¹³⁷ Vgl. BPatG GRUR 1997, 833, 835 – digital.

¹¹³⁸ Vgl. EuGH GRUR 2014, 776 – Sparkassen-Rot.

¹¹³⁹ Vgl. BGH 2014, 565 – Smartbook; BGH GRUR 2013, 1143 – Aus Akten werden Fakten.

¹¹⁴⁰ Vgl. BPatG GRUR 2008, 420, 425 – ROCHER-Kugel; BPatG GRUR 2007, 324, 327 – Kinder (schwarz-rot).

¹¹⁴¹ Vgl. BGH GRUR 2006, 432, 433 – Verwarnung aus Kennzeichenrecht II.

ursprünglichen Feststellung der Verkehrsdurchsetzung einer Kontrolle im Löschungsverfahren faktisch entzogen würden.¹¹⁴² Zwar stehe der Markeninhaber – wie der Löschungsantragsteller – vor denselben Schwierigkeiten bzgl. des Nachweises für den oft weit zurückliegenden Zeitpunkt der Eintragung. Andererseits genüge für den Erhalt der Marke mit ihrer ursprünglichen Priorität bereits der Nachweis einer nachträglichen Verkehrsdurchsetzung zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag. Dieser Nachweis sei in der Regel unschwer zu erbringen. Problematisch gestalten sich somit nur die Fälle, in denen eine zum Eintragungszeitpunkt vorhandene Verkehrsdurchsetzung später entfallen ist. Da jedoch der Markeninhaber in einem solchen Fall im Genuss der Eintragung bleibe¹¹⁴³, erscheine es nicht unangemessen, ihm auch den Nachweis aufzubürden, eine Verkehrsdurchsetzung habe wenigstens im Zeitpunkt der Eintragung vorgelegen. Dies gelte auch für diejenigen Fälle, in denen den Anmelder – wie insbesondere im Verkehrsdurchsetzungsverfahren – eine gesteigerte Mitwirkungspflicht treffe. In die gleiche Richtung ging das BPatG auch in der Gelbe Seiten-Entscheidung¹¹⁴⁴, wonach es sich bei der Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG um eine Einrede gegen die Anwendung des § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG handle, für die der Markeninhaber in jeder Verfahrensart beweispflichtig sei.¹¹⁴⁵ Es reiche bei einer auf Grund Verkehrsdurchsetzung eingetragenen Marke daher aus, wenn der Antragsteller das Bestehen eines absoluten Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 MarkenG sowohl für den Eintragungszeitpunkt als auch für den Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag behauptet. Die tatsächlichen Voraussetzungen für die Feststellung eines Schutzhindernisses unterlägen dabei an sich dem Amtsermittlungsgrundsatz; soweit die Ermittlung der relevanten Tatsachen, insbesondere solcher für die Vergangenheit, aber der Amtsermittlung nicht zugänglich sind, obliegt es grundsätzlich dem Antragsteller, diese beizubringen. Im Zweifel sei zu Gunsten der Marke zu entscheiden. Kommt der Antragsteller der insofern eingeschränkten Darlegungslast nach, habe der Markeninhaber nach den Grundsätzen des Anmeldeverfahrens das Bestehen einer Verkehrsdurchsetzung zum Eintragungszeitpunkt nachzuweisen, wenn er an seiner Einrede festhalten will. Kann der Markeninhaber diesen Nachweis nicht erbringen, so könne er die Verkehrsdurchsetzung

¹¹⁴² Vgl. BPatG GRUR 2008, 420, 425 – ROCHER-Kugel; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 457.

¹¹⁴³ Vgl. unten unter Ziffer 3.

¹¹⁴⁴ Vgl. BPatG GRUR 2011, 232 – Gelbe Seiten.

¹¹⁴⁵ Vgl. BPatG GRUR 2011, 232, 234 – Gelbe Seiten; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 457.

der angegriffenen Marke zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag aber noch darlegen und nachweisen.¹¹⁴⁶

Der BGH hielt jedoch auch danach an der bisherigen Rechtsprechung fest, wonach die Beweislastverteilung zugunsten des Markeninhabers ausfällt.^{1147, 1148} Demzufolge trage der Antragsteller des Löschungsverfahrens für die Voraussetzungen einer ihm günstigen Rechtsnorm – hier des Vorliegens eines Schutzhindernisses im Löschungsverfahren – die Feststellungslast. Diese Ansicht wurde auch für den Fall aufrechterhalten, dass durch einen längeren Zeitablauf Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung im Eintragungszeitpunkt bestehen. Denn zum einen trafen diese Schwierigkeiten beide Parteien des Löschungsverfahrens gleichermaßen. Zum anderen habe es der Antragsteller aber auch selbst in der Hand, zeitnah einen Löschungsantrag zu stellen.¹¹⁴⁹ Im Hinblick auf die Schwierigkeiten, im Nachhinein das Fehlen einer Verkehrsdurchsetzung im Eintragungszeitpunkt nachzuweisen, dürften ihm allerdings keine unüberwindbaren Beweisanforderungen auferlegt werden. So könnten ihm gegebenenfalls Beweiserleichterungen zugutekommen. Auch lasse das Fehlen einer Verkehrsdurchsetzung im Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag unter Umständen Rückschlüsse auf das Fehlen einer Verkehrsdurchsetzung im Eintragungszeitpunkt zu.¹¹⁵⁰ Verbleibende Zweifel gingen aber dennoch grundsätzlich zulasten des Antragstellers. Der BGH kritisierte in seiner Entscheidung jedoch hauptsächlich, dass für die Frage der Verkehrsdurchsetzung lediglich das demoskopische Gutachten fokussiert und keine Gesamtschau vorgenommen wurde.

¹¹⁴⁶ Vgl. BPatG GRUR 2011, 232, 234 – Gelbe Seiten, wonach neben der systematischen Argumentation im Hinblick auf die Einordnung der Verkehrsdurchsetzung als Einrede der Antragsteller aber auch aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen die fehlende Verkehrsdurchsetzung nicht nachweisen müsse, da ihm ein solcher Negativbeweis mangels Kenntnis der entsprechenden Umstände, die allein dem Markeninhaber bekannt sein können, nicht zuzumuten sei.

¹¹⁴⁷ Vgl. BGH GRUR 2010, 138 – ROCHER-Kugel (entgegen BPatG GRUR 2008, 420, 425 – ROCHER-Kugel); BGH GRUR 2009, 669, 672, Nr. 31 – Post II; dem BGH insofern folgend OLG Köln GRUR-RR 2013, 213, 214 – Wörterbuch-Gelb (nachgehend: BGH GRUR 2014, 1101 – Gelbe Wörterbücher), vgl. hierzu auch Weiser GRUR-Prax 2013, 137.

¹¹⁴⁸ Dagegen soll es nach der Rechtsprechung zum Nichtigkeitsverfahren nach der GMV Sache des Markeninhabers sein, geeignete und hinreichende Beweismittel zum Nachweis dafür vorzulegen, dass die Marke Unterscheidungskraft durch Benutzung erlangt hat (EuG GRUR Int 2011, 519, 522, Nr. 46 – 5 HTP).

¹¹⁴⁹ Vgl. BGH GRUR 2010, 138, 142, Nr. 48 – ROCHER-Kugel; *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 457; a.A. BPatG MarkenR 2013, 234, 240 – TOTO, wonach eine vom Gesetz gewährte Frist in der Regel auch ausgeschöpft werden darf und nicht dadurch entwertet kann werden, dass der Löschungsantragsteller aus Beweisgründen stets gehalten ist, den Antrag sofort nach der Eintragung zu stellen.

¹¹⁵⁰ Vgl. BGH GRUR 2010, 138, 142, Nr. 48 – ROCHER-Kugel; BGH GRUR 2009, 669, 672, Nr. 31 – Post II; kritisch hierzu *Ströbele/Hacker* § 8, Rn. 457.

Das BPatG hatte die Frage, wem die Feststellungslast obliegt, dann aber schließlich dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt.¹¹⁵¹ Der EuGH¹¹⁵² entschied diese Frage dahingehend, dass Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2008/95 es nicht verbiete, die streitige Marke im Rahmen eines Löschungsverfahrens für ungültig zu erklären, sofern sie nicht originär unterscheidungskräftig ist und ihr Inhaber nicht den Nachweis erbringen kann, dass die Marke vor der Anmeldung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hatte. Der EuGH begründete seine Auffassung, dem Markeninhaber die Feststellungslast aufzuerlegen, ähnlich wie das BPatG. Erstens stelle die Tatsache, dass eine Marke Unterscheidungskraft infolge Benutzung erwirbt, im Rahmen eines Löschungsverfahrens eine Ausnahme dar, die bewirkt, dass die in Art. 3 Abs. 1 Buchst. b, c oder d vorgesehenen Ungültigkeitsgründe nicht eingreifen. Da es sich um eine Ausnahme handle, obliege es demjenigen, der sich auf sie berufen will, den ihre Anwendung rechtfertigenden Nachweis zu führen. Zweitens nahm der EuGH an, dass der Inhaber der streitigen Marke am besten in der Lage sei, den Beweis für die konkreten Handlungen zu erbringen, die das Vorbringen zu stützen vermögen, dass seine Marke aufgrund ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe. Wird der Inhaber der streitigen Marke von der zuständigen Behörde aufgefordert, den Nachweis zu erbringen, dass seine nicht originär unterscheidungskräftige Marke infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, und gelingt ihm dies nicht, sei die Marke folglich für ungültig zu erklären. Dabei sei unerheblich, aus welchen Gründen es dem Markeninhaber nicht gelingt, diesen Nachweis zu erbringen. Andernfalls ließe sich nicht ausschließen, dass eine Marke weiterhin Markenschutz genießt, obwohl sie auf Grund eines entsprechenden Schutzhindernisses nicht geeignet ist, die wesentliche Funktion einer Marke zu erfüllen, und infolgedessen nicht im Rahmen der Richtlinie geschützt werden kann. Aus dem gleichen Grund verstoße eine solche Beweislast, nicht gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes des Markeninhabers.¹¹⁵³

Der BGH¹¹⁵⁴ hält sich jedoch auch in der Folge an die Entscheidung des EuGH nicht gebunden, da die Antwort des EuGH unter der Prämisse erfolgte, dass im deutschen Recht von der Befugnis nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 der Markenrechtsrichtlinie kein Gebrauch gemacht worden sei. Der BGH nahm dagegen zu der Frage, ob der deutsche

¹¹⁵¹ Vgl. BPatG GRUR 2013, 844 – Sparkassen-Rot.

¹¹⁵² Vgl. EuGH GRUR 2014, 776 – Sparkassen-Rot.

¹¹⁵³ Vgl. EuGH GRUR 2014, 776 – Sparkassen-Rot.

¹¹⁵⁴ Vgl. BGH GRUR 2014, 1101, 1102, Nr. 19 – Gelbe Wörterbücher.

Gesetzgeber von der Option nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 MarkenRL Gebrauch gemacht habe, den gegenteiligen Standpunkt ein und bejahte diese Frage.¹¹⁵⁵ Die Bedeutung der Entscheidung "Sparkassen-Rot" des Gerichtshofs der Europäischen Union für die Feststellungslast bei der Verkehrsdurchsetzung nach deutschem Markenrecht sei danach – im Hinblick auf die Feststellungslast – offen. Der BGH folgte dem EuGH und auch dem BPatG¹¹⁵⁶ dagegen dahingehend, dass der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes in dem auf eine fehlende Unterscheidungskraft gestützten Lösungsverfahren grundsätzlich nicht berücksichtigt werden könne.¹¹⁵⁷ Der BGH begründete seine Auffassung damit, dass das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft auf dem Allgemeininteresse an der Freihaltung sachbezogener Kennzeichnungen beruhe¹¹⁵⁸ und dieses Interesse einem etwaigen Vertrauens- und Bestandsschutz des Markeninhabers vorgehe. Dieses Allgemeininteresse müsse lediglich dort hinter dem Vertrauen des Markeninhabers auf den Bestand seiner Marke zurücktreten, wo dies ausdrücklich gesetzlich geregelt ist. Eine Erweiterung des insoweit ausdrücklich auf die Voraussetzungen des § 50 Abs. 2 Satz 2 MarkenG beschränkten Bestandsschutzes schutzunfähiger Marken stehe mit der gesetzlichen Konzeption nicht im Einklang.¹¹⁵⁹

c) Kritik

Die grundsätzlich vom BGH vertretene Argumentation ist vorzugswürdig, soweit sie die subjektive und objektive Beweislast grundsätzlich auf Seiten des Antragstellers sieht. Es erscheint gerechtfertigt, an dieser Stelle die allgemeinen zivilrechtlichen Beweislastverteilungen äußerst strikt vorzunehmen. Ausgangspunkt ist die schützenswerte Rechtsstellung des Markeninhabers, die eine Eintragung der Marke impliziert. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Lösungsverfahren nach §§ 53 ff. MarkenG um ein Popularverfahren handelt, welches von jedermann auch ohne Rechtsschutzbedürfnis und gem. § 50 Abs. 2 MarkenG bis zu zehn Jahre nach dem Tag der

¹¹⁵⁵ Vgl. BGH GRUR 2014, 1101, 1102, Nr. 19 – Gelbe Wörterbücher; BGH GRUR 2014, 483, 485, Nr. 22 – test.

¹¹⁵⁶ Vgl. BPatG Mitt 2013, 367; BPatG GRUR 2010, 1017 – Bonbonform, rot-weißes Bonbon.

¹¹⁵⁷ Vgl. BGH GRUR 2014, 872 – Gute Laune Drops.

¹¹⁵⁸ Vgl. BGH GRUR 2014, 872 – Gute Laune Drops unter Hinweis auf EuGH GRUR 2003, 604 – Libertel und BGH, GRUR 2014, 565 – smartbook.

¹¹⁵⁹ Allerdings betraf die zugrunde liegende Entscheidung die Frage, inwieweit dem Lösungsantrag ein Vertrauensschutz entgegengehalten werden kann und nicht inwieweit das Vertrauen des Markeninhabers bei der Feststellungslast zu berücksichtigen ist. Mit der Ausführlichkeit, mit der der BGH das Allgemeinwohl gegenüber dem Vertrauensschutz hervorhob, dürfte jedoch auch bei dieser Frage eine entsprechende Entscheidung des BGH zu erwarten sein.

Eintragung der Marke beim DPMA eingeleitet werden kann.¹¹⁶⁰ Ebenso ist es möglich, den Löschungsantrag bis hin zum offensichtlichen Rechtsmissbrauch beliebig oft zu wiederholen, da die negativen Entscheidungen auf den Antrag hin keinerlei Wirkung auf weitere Löschungsanträge entfalten.¹¹⁶¹ Es wäre diesbezüglich höchst unbillig und für die wirtschaftliche Existenz des Markeninhabers gefährlich, würde eine andere Sichtweise zugrunde gelegt.

Der Antragsteller im Löschungsverfahren, der die Rechtsstellung des Markeninhabers angreift und damit eine für ihn günstigere Rechtsposition begründen will, ist nach den allgemeinen Grundsätzen für die ihn begünstigenden Tatsachen beweispflichtig. Er hat also zunächst den Nachweis zu erbringen, dass die Voraussetzungen einer Verkehrsdurchsetzung nicht vorgelegen haben. Es reicht nicht aus, nur zu belegen, dass bei ordnungsgemäßer Durchführung des Verkehrsdurchsetzungsverfahrens im konkreten Fall eine Verkehrsdurchsetzung nicht hätte angenommen werden dürfen. Der Wortlaut des § 50 Abs. 2 S. 1 MarkenG ist diesbezüglich eindeutig. Er muss vielmehr nachweisen, dass zum Zeitpunkt der Anmeldung und der Löschungsentscheidung keine Verkehrsdurchsetzung bestand. Dies kann für gewöhnlich ein Verkehrsgutachten ermitteln, sofern der Eintragungszeitpunkt nicht bereits zu lange zurückliegt.

Problematisch ist diese Beweislastverteilung selbstverständlich für den Fall, dass der Eintragungszeitpunkt so weit zurückliegt, dass eine Feststellung der Verkehrsdurchsetzung nicht mehr möglich ist.¹¹⁶² Nach der soeben aufgeführten Beweislastverteilung wirkte sich dies zum Nachteil des Antragstellers aus.¹¹⁶³ Das ist allerdings auch gerechtfertigt, sofern keine besonderen Umstände vorliegen, die eine andere Wertung sachdienlich erscheinen lassen und begründen. Schließlich ist der Argumentation des BPatG und des EuGH, dieses Ergebnis erscheine unbillig, da die damalige unzureichende Feststellung des DPMA regelmäßig auf eine entsprechend mangelhafte Beweisführung des Markeninhabers zurückzuführen sei und der Markeninhaber andererseits für den Erhalt der Marke bereits vom Nachweis einer nachträglichen Verkehrsdurchsetzung profitiere, Folgendes entgegenzuhalten:

¹¹⁶⁰ Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass ein Interesse der Allgemeinheit an einer Registerbereinigung besteht und dass der Löschungsantragsteller zur Durchsetzung des Rechts beiträgt, vgl. BPatG vom 06.05.2009, Az.: 29 W (pat) 20/05, Nr. 73 – Markenbeschwerdeverfahren Magenta; vgl. auch Levin S. 38.

¹¹⁶¹ Vgl. Levin S. 38.

¹¹⁶² Vgl. hierzu Kap. E.I.5.a)bb).

¹¹⁶³ Vgl. auch Levin S. 37 f.

Entgegen dem EuGH¹¹⁶⁴, der den Vertrauensschutz deshalb versagt, weil die Marke auf Grund der Schutzhindernisse eben gar nicht geschützt werden kann bzw. durfte, ist der Vertrauensschutz durchaus eine Komponente, die es argumentativ zugunsten des Markeninhabers zu berücksichtigen gilt. Denn der EuGH verkennt, dass es regelmäßig auf einen Vertrauensschutz nur dann bzw. hauptsächlich für den Fall ankommt, dass in der Folge eines rechtswidrigen Aktes oder einer unberechtigt getroffenen Entscheidung – zumeist einer Behörde – eine für den Betroffenen begünstigende Situation geschaffen wurde.¹¹⁶⁵ Nur weil das Vertrauen auf einen rechtswidrigen Akt bzw. einer unberechtigt getroffenen Entscheidung beruht, darf dies gerade nicht dazu führen, den Vertrauensschutz per se zu versagen. Wenn also dem Markeninhabers durch die Entscheidung der Eintragungsbehörde rechtsförmlich und rechtsverbindlich bestätigt wurde, dass sein zur Anmeldung vorgelegtes Zeichen alle Voraussetzungen für einen Markenrechtsschutz erfüllt hat und in der Folge als Marke eingetragen wurde, ist ihm auch ein Vertrauensschutz einzuräumen.

Auch die Tatsache, dass etwa das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft auf dem Allgemeininteresse an der Freihaltung sachbezogener Kennzeichnungen beruhe und dieses Interesse einem etwaigen Vertrauens- und Bestandsschutz des Markeninhabers vorgehe,¹¹⁶⁶ ändert hieran nichts. Denn man vermag bei dem dann zu entscheidenden Fall gerade nicht gesichert feststellen, ob das Schutzhindernis bestand bzw. besteht und ob das Allgemeininteresse überhaupt verletzt wurde. Bei dieser vagen und nicht abschließend zu beurteilenden non-liquet-Situation hat das dagegen positiv feststellbare Vertrauen des Markeninhabers in die Eintragungsentscheidung zu überwiegen.

Für die Einschätzung, dass dem Löschungsantragsteller die Beweislast obliegt, spricht neben dem Vertrauensschutz des Markeninhabers bezüglich der für ihn positiven Bewertung seiner Marke durch die Eintragungsbehörde¹¹⁶⁷ auch die Mitwirkungspflicht bei der Feststellung des Sachverhalts, der für die vom Antragsteller beantragte Löschung maßgeblich ist¹¹⁶⁸.

Fällt das Verkehrsgutachten negativ für den Markeninhaber aus, kann der Markeninhaber dann auch der Löschung entgegenwirken, indem er besondere Nachweise er-

¹¹⁶⁴ Vgl. EuGH GRUR 2014, 776, 780, Nr. 72 – Sparkassen-Rot.

¹¹⁶⁵ Vgl. hierzu etwa § 48 Abs. 2 VwVfG.

¹¹⁶⁶ Vgl. BGH GRUR 2014, 872 - Gute Laune Drops.

¹¹⁶⁷ Vgl. BPatG GRUR 2006, 432, 433 – Verwarnung aus Kennzeichenrecht II.

¹¹⁶⁸ Vgl. Ströbele/Hacker/Kirschneck § 54, Rn. 18; Ströbele/Hacker § 8, Rn. 457.

bringt, die in einer Gesamtschau dennoch eine Verkehrsdurchsetzung – wie Intensität, Umfang und Dauer der Benutzung dieser Marke sowie der für sie betriebene Werbeaufwand¹¹⁶⁹ – begründen.

Die hier vertretene Ansicht entspricht auch dem Wortlaut und den Verfahrensgrundsätzen des Löschungsverfahrens.¹¹⁷⁰

Darüber hinaus gilt es zu bedenken, dass eine nachträgliche Feststellung der Verkehrsdurchsetzung konkret und mittels Rückschlüssen über einen längeren Zeitraum hinweg möglich ist.¹¹⁷¹ Hat sich der Löschungsantragsteller nicht innerhalb dieses Zeitraums bereits gegen die Marke zur Wehr gesetzt, ist ihm auch kein Übermaß an Schutzbedürftigkeit zuzusprechen.

Zudem ist die mangelhafte Beweisführung im Regelfall nicht dem Markeninhaber anzulasten. Denn lagen solche Mängel tatsächlich vor, hätte das DPMA gem. dem Amtsermittlungsgrundsatz entsprechende Beweise nachfordern oder aber die Verkehrsdurchsetzung verneinen müssen. Dies aber im Nachgang dem Markeninhaber zur Last zu legen, wäre vielmehr unbillig. Der BGH gibt mit der Möglichkeit der ausnahmsweise anzuwendenden Beweiserleichterung aber auch für den Fall eine Lösung an die Hand, dass dem Markenanmelder tatsächlich ein Verschulden an der Unrichtigkeit der Eintragungsentscheidung zur Last zu legen ist: Eine Beweislastumkehr erscheint danach gerechtfertigt, falls die mangelhafte Beweisführung im Eintragungsverfahren tatsächlich vom Markeninhaber verschuldet wurde und er die Mängel auch ohne Hinweis des DPMA erkannt hat oder hätte erkennen können¹¹⁷².

Letztlich können dem Antragsteller ausnahmsweise auch weitere Beweiserleichterungen zugutekommen, z. B. wenn das Fehlen einer Verkehrsdurchsetzung im Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag unter Umständen Rückschlüsse auf das Fehlen einer Verkehrsdurchsetzung im Eintragungszeitpunkt zulässt.¹¹⁷³ Ebenso sollte es ausreichen, dass eine Häufung der für eine Verkehrsdurchsetzung bzw. für eine fehlende Verkehrsdurchsetzung sprechenden Beweisanzeichen und Indizien geeignet ist, die Überzeugung des Gerichts zu begründen. Dabei sollte der Grad höher liegen als

¹¹⁶⁹ Insofern konform mit EuGH GRUR 2014, 776, 780, Nr. 70 – Sparkassen-Rot.

¹¹⁷⁰ Vgl. Kap. E.III.1.

¹¹⁷¹ Vgl. hierzu Kap. E.I.5.a)bb).

¹¹⁷² Vgl. hierzu auch BGH GRUR 1965, 146, 152 – Rippenstreckmetall II, wonach auch ein schutzwürdiges Vertrauen des Zeicheninhabers unter Berücksichtigung von Treu und Glauben diskutiert wird.

¹¹⁷³ Vgl. BGH GRUR 2010, 138, 142, Nr. 48 – ROCHER-Kugel; BGH GRUR 2009, 669, 672, Nr. 31 – POST II.

bei der Glaubhaftmachung und niedriger als beim Strengbeweis. Allerdings muss Vorliegen des Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zuverlässig festgestellt werden. In Zweifelsfällen darf eine Löschung der Marke nicht erfolgen.¹¹⁷⁴

Sollte dem Antragsteller der Nachweis nicht gelingen und besteht die Marke fort, so kann die fehlende Verkehrsdurchsetzung immer noch im Rahmen eines etwaigen Verletzungsverfahrens, bei dem dann von einer geringen Kennzeichnungskraft auszugehen wäre, Berücksichtigung finden.

IV. Das Verkehrsdurchsetzungsgutachten im zivilgerichtlichen Verfahren

Im Folgenden wird auf Aspekte des zivilgerichtlichen Verfahrens eingegangen, soweit dies für die Verkehrsdurchsetzung bzw. das Verkehrsdurchsetzungsgutachten Relevanz haben

1. Bedeutung der Verkehrsdurchsetzung im zivilrechtlichen Verfahren

Neben den zivilrechtlichen Ansprüchen, bei denen eine demoskopische Erhebung in Frage käme¹¹⁷⁵ und für die ohnehin die Zivilgerichtsbarkeit sachlich zuständig ist, ergibt sich die sachliche Zuständigkeit der Zivilgerichte im Markenrecht aus § 140 Abs. 1 MarkenG. Danach sind die Landgerichte sachlich für alle Kennzeichenstreitsachen ohne Rücksicht auf den Streitwert ausschließlich zuständig. Der in § 140 Abs. 1 MarkenG legaldefinierte Begriff der Kennzeichenstreitsachen ("alle Klagen, durch die ein Anspruch aus einem der in diesem Gesetz geregelten Rechtsverhältnisse geltend gemacht wird") ist im Hinblick auf den Zweck der Vorschrift weit auszulegen.¹¹⁷⁶ Insofern sind auch viele markenrechtliche Problempunkte denkbar, die vor Zivilgerichten ausgetragen werden. So ergeben sich Unterlassungsansprüche aus § 14 Abs. 5 MarkenG, Schadenersatzansprüche aus § 14 Abs. 6 MarkenG, Vernichtungs- und Rückrufansprüche nach § 18 MarkenG und Auskunftsansprüche aus § 19 MarkenG. Eine allgemeine demoskopische Begutachtung kann dabei überwiegend im Rahmen der Ansprüche nach § 14 MarkenG erforderlich oder zweckdienlich sein. So können demoskopische Erhebungen etwa

¹¹⁷⁴ Vgl. BGH GRUR 2014, 565, 568, Nr. 18 – smartbook.

¹¹⁷⁵ Vgl. hierzu Kap. B.III.

¹¹⁷⁶ Vgl. Ingerl/Rohnke § 140, Rn. 5 m.w.N.

zur Ermittlung der Bekanntheit nach § 14. Abs. 2 Nr. 3 MarkenG¹¹⁷⁷ oder der Kennzeichenkraft eines Zeichens nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG notwendig werden.¹¹⁷⁸

Konkret in Bezug auf die Problematik der Verkehrsdurchsetzung ist eine Relevanz für das Verfahren vor Zivilgerichten etwa in den Fällen denkbar, in denen es im Kollisionsverfahren nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG um die einer verkehrsdurchgesetzten Marke zuzusprechende Kennzeichnungskraft oder nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG zuzusprechende Bekanntheit geht. Dabei steht in Frage, welche Kennzeichnungskraft bzw. Bekanntheit einer verkehrsdurchgesetzten Marke allein auf Grund der Tatsache, dass es sich um ein verkehrsdurchgesetztes Zeichen handelt, zuzuschreiben ist und welche Voraussetzungen die Annahme einer gesteigerten oder schwachen Kennzeichnungskraft bzw. Bekanntheit rechtfertigen. Die Ermittlung der für den Tatbestand nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG erforderlichen Bekanntheit hängt jedoch ohnehin nicht von konkreten Prozentsätzen ab. Vielmehr ergibt sich die Bekanntheit anhand aller relevanten Umstände des Einzelfalls, insbesondere Marktanteil der Marke, Intensität, Ausdehnung und Dauer der Benutzung sowie Investitionsumfang, so dass die Verkehrsdurchsetzung nur einen Bestandteil der Beurteilungskriterien darstellt. Allerdings würde der Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung oder eines hohen Verkehrsdurchsetzungsgrades gegenüber der Ermittlung eines bloßen Bekanntheitsgrades ein deutlich für die Bekanntheit im Sinne von § 14. Abs. 2 Nr. 3 MarkenG sprechendes Kriterium darstellen.

2. Verfahrensrechtliche Einordnung

Das Verkehrsdurchsetzungsgutachten stellt als Meinungsforschungsgutachten eine Form des Sachverständigenbeweises nach §§ 402 ff. ZPO dar, dessen Einholung einen Beweisbeschluss voraussetzt.¹¹⁷⁹ Dies gilt auch für die gem. § 411a ZPO vorgesehene Beweisform der Ersetzung einer schriftlichen Begutachtung durch Verwertung eines gerichtlich in einem anderen Verfahren eingeholten Sachverständigengutachtens, da auch hier der Gutachter des anderen Verfahrens zum Sachverständigen ernannt werden muss. Dagegen handelt es sich bei der meist auf Parteiantrag, zulässigerweise aber auch

¹¹⁷⁷ Als einer von mehreren relevanten Umständen, vgl. hierzu Kap.B.IV.3.

¹¹⁷⁸ Vgl. die Ausführungen in Kap. E.IV.9.

¹¹⁷⁹ Vgl. BGH GRUR 1967, 100 – Edeka-Schloß-Export; BGH GRUR 1968, 581 – Blunazit; BGH GRUR 1963, 270 – Bärenfang.

von Amts wegen erfolgenden, bloßen Beiziehung eines in einem anderen Rechtsstreit eingeholten Gutachtens um eine Form des Urkundenbeweises.¹¹⁸⁰

3. Beweisverfahren

Sofern ein Verkehrsgutachten nicht gem. § 144 Abs. 1 ZPO durch Amtsermittlung eingeholt wird,¹¹⁸¹ setzt es einen konkreten Vortrag und ein entsprechendes Beweisangebot der beweisbelasteten Partei gem. § 403 ZPO voraus. Der Beweisantrag ist ausreichend substantiiert vorzutragen und muss darauf eingehen, dass und aufgrund welcher Indizien ein entscheidungsrelevant hoher Kennzeichnungsgrad zugrunde zu legen ist.¹¹⁸² Um dem Gericht die Prüfung der Entscheidungserheblichkeit dieses Vortrags zu ermöglichen, ist die Angabe konkreter Prozentsätze angeraten.¹¹⁸³ Trotz dieser Obliegenheit zur Konkretisierung der Beweisanträge werden Beweisbeschlüsse verhältnismäßig allgemein gefasst, da die Festlegung des erforderlichen Umfangs der Verkehrsdurchsetzung von dem Ergebnis der Beweiswürdigung abhängt.¹¹⁸⁴ Nur wenn pauschal behauptet wird, die Klagemarke habe Verkehrsdurchsetzung erlangt, sollte das Gericht gem. § 139 ZPO zur Konkretisierung auffordern.

Sofern kein Beweisantrag gestellt wurde, das Gericht aber die Einholung eines demoskopischen Gutachtens für erforderlich hält und von einer Anordnung von Amts wegen absieht, bedarf es eines richterlichen Hinweises gem. § 139 ZPO. Unterbleibt eine solche Belehrung, darf keine Zurückweisung eines im Berufungsverfahren gestellten Antrags aufgrund Verspätung erfolgen.¹¹⁸⁵

Juristische Personen oder sonstige Organisationen des Privatrechts können nicht als Sachverständige bestellt werden, weshalb die Beauftragung eines demoskopischen Instituts folglich nicht möglich ist. Vielmehr erhebt eine bestimmte, namentlich zu bezeich-

¹¹⁸⁰ Vgl. Zöller/Greger § 402, Rn. 5d, 6d; Teplitzky Kap. 47, Fn. 78.

¹¹⁸¹ Das Gericht kann zwar auch von Amts wegen die Einholung eines demoskopischen Sachverständigengutachtens anordnen. Allerdings steht wegen den damit einhergehenden hohen Kosten die Parteimaxime im Vordergrund, so dass das Gericht vor Einholung des Gutachtens hierauf gem. § 139 ZPO hinweisen und der beweisbelasteten Partei die Gelegenheit einräumen muss, ausdrücklich auf das Beweismittel zu verzichten. Vgl. auch Dobel S. 87.

¹¹⁸² Vgl. BGH GRUR 1957, 426, 428 – Getränke Industrie; BGH GRUR 1967, 100, 102 – Edeka-Schloß-Export.

¹¹⁸³ Ein Beispiel eines Beweisbeschluss findet sich bei Noelle-Neumann/Schramm S. 94. Gloy/Loschelder/Kreft (3. Auflage) § 17 Rn. 14, Jacobs/Jacobs Vor § 13 UWG, Rn. 377; Spätgens S. 388.

¹¹⁸⁴ Vgl. Eichmann GRUR 1999, 939, 954.

¹¹⁸⁵ Vgl. BGH GRUR 1990, 1053, 1054 – Verspätete Meinungsumfrage; Eichmann GRUR 1999, 939, 953, Fn. 234; Dobel S. 87.

nende und zu beauftragende Person,¹¹⁸⁶ gewöhnlich der Leiter oder ein Mitarbeiter des entsprechenden Instituts¹¹⁸⁷, den Beweis. Es muss klargestellt sein, dass der Leiter selbst oder ein von diesem genannter Mitarbeiter beauftragt werden soll, den das Gericht schließlich zum Gutachter ernennt.¹¹⁸⁸ Der ausgewählte Sachverständige fungiert als allein verantwortliche Ansprech- und Erörterungsperson in allen Verfahrensgängen, folglich auch im Einweisungs- oder Erörterungstermin. Selbstverständlich unbeachtlich ist die Tatsache, dass bei der Feldarbeit und der Auswertung selbst mehrere Mitarbeiter des Instituts beschäftigt sind.

Die Formulierung des Beweisbeschlusses wie auch des Gutachterauftrages obliegt allein dem Gericht. Die vom Gericht gestellten Beweisfragen erfüllen ihren Zweck, sofern sie den zu klärenden Sachverhalt präzise beschreiben, ohne bereits in den Bereich der Formulierung von Testfragen vorzustoßen. Außerdem muss es dem Gutachter möglich sein, die allgemeinen Beweisfragen in geeignete Testfragen umzusetzen.¹¹⁸⁹ Die Auswahl des Sachverständigen ist mit den Parteien gem. § 404 Abs. 3 ZPO abzustimmen, wobei etwaige frühere Parteigutachter und Mitarbeiter entsprechender privat beauftragter Institute von vornherein ausscheiden. Zu den Aufgaben des Gutachters zählt es ebenso, gegebenenfalls von sich aus darauf hinzuweisen, wenn er im Einzelfall befangen ist, weil er für eine der streitenden Parteien bereits auf dem Gebiet der streitbehafteten Sache tätig war oder diesbezüglich umfangreiche Informationen von einer Partei erhalten hat. Befangenheit liegt nicht vor, wenn der Sachverständige bereits früher in anderen Fällen für eine oder beide Parteien als Parteigutachter tätig war, da dies nicht zuletzt wegen der geringen Zahl qualifizierter Sachverständiger¹¹⁹⁰ nicht auszuschließen ist.¹¹⁹¹ Ebenfalls unschädlich ist eine Tätigkeit des Instituts für eine der Parteien auf dem Gebiet anderer Studien, insbesondere der Marktforschung.¹¹⁹²

¹¹⁸⁶ Vgl. Dobel S. 89.

¹¹⁸⁷ Möglich ist es aber auch, dass ein Sachverständiger außerhalb eines Instituts beauftragt wird, der sich ein geeignetes Institut sucht, um die Interviews im Unterauftrag durchführen lässt, vgl. Dobel S. 89.

¹¹⁸⁸ Fehlt daher den Beweisantrag dahingehend zu stellen, ein demoskopisches Institut zu beauftragen. Das Gericht müsste insoweit eine Klarstellung herbeiführen bzw. vornehmen.

¹¹⁸⁹ Vgl. Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 92.

¹¹⁹⁰ Die Zahl der Institute/Gutachter, die über die erforderliche Ausstattung, Infrastruktur und qualifizierte Sachverständige verfügen, ist begrenzt. Im Wesentlichen sind dies GfK, Institut für Demoskopie Allensbach, IPSO, Pflüger Rechtsforschung, vgl. Dobel S. 89 und Kap. E.I.6.a).

¹¹⁹¹ Vgl. Loschelder/Pflüger § 42, Rn. 91. Eine wirtschaftliche Verbindung kann aber durchaus einen Befangenheitsgrund darstellen; vgl. BGH vom 24.07.2007, Az.: X ZR 1/06, Nr. 1. Allerdings reicht hierzu wohl gerade unter dem Aspekt der geringen Zahl qualifizierter Sachverständiger keine wirtschaftliche Verbindung aus, die punktueller Natur und nicht auf Dauer angelegt ist, vgl. BGH vom 23.10.2012, Az.: X ZR 90/10, Nr. 8 (betraf aber den Fall, dass der Sachverständige einen Gutach-

Der Gutachter hat dem Gericht einen schriftlichen Befragungsvorschlag zu präsentieren, der auch die Befragungsmethode, die zu befragende Grundgesamtheit, das Verfahren zur Auswahl der Stichprobe sowie eine Abschätzung des Zeitaufwandes und der Kosten enthalten soll. Der Gutachter hat ggf. auch auf Grenzen des demoskopischen Sachverständigenbeweises oder auf etwaige Unklarheiten bei der Umsetzung des Beweisbeschlusses vor dem Hintergrund des sonstigen Akteninhalts hinzuweisen.¹¹⁹³ Zu diesem Vorschlag hat das Gericht die Parteien zu befragen, wozu sich dringend die Durchführung eines Einweisungstermins (§ 404a Abs. 2 ZPO) im Beisein der Parteien und des ausgewählten Sachverständigen vor Gericht empfiehlt, um die Bedenken der Parteien in einem Dialog mit dem Gutachter zu erörtern und Fehlerrisiken von vornherein eliminieren zu können.¹¹⁹⁴ Fehlerhafte Fragen können allerdings auch dann noch in der nächsten Instanz gerügt werden, wenn die Partei diesen zugestimmt hat.¹¹⁹⁵ Die Durchführung eines Einweisungstermins würde jedoch helfen, zu gewährleisten, dass der Sachverständige das zu lösende Problem im richtigen Kontext versteht und der Übersetzungsvorgang in die methodische Fragestellung gelingen kann.¹¹⁹⁶ Von einem Einweisungstermin sollte ausnahmsweise nur dann abgesehen werden, wenn nach Stellungnahme der Parteien und deren Überprüfung durch den Sachverständigen kein Klärungsbedarf mehr besteht.¹¹⁹⁷

Bei gewichtigen Einwänden und Gegenvorschlägen ist der Gutachter angehalten, seinen Vorschlag abzuändern. Der Richter darf und soll auf die Vorträge der Parteien

tensauftrag von einem Dritten annahm, der seinerseits in einem Beratungsverhältnis zu einer der Parteien stand).

¹¹⁹² Bei entsprechender Übertragung der BGH Rechtsprechung können Ablehnungsgründe wohl in folgenden Fällen angenommen werden: enge wirtschaftliche Beziehungen des Sachverständigen bzw. des demoskopischen Instituts zu einer Lizenznehmerin der Partei, vgl. BGH vom 03.11.2014, Az.: X ZR 148/11; wissenschaftliche Zusammenarbeit zwischen einer Partei und dem Institut des Sachverständigen, wenn mit der Kooperation Fördergelder verbunden sind, vgl. BGH vom 21.02.2006, Az.: X ZR 103/04, Nr. 6; der Sachverständige steht in einer wirtschaftlichen Verbindung zu einer der Parteien, vgl. BGH vom 24.07.2007, Az.: X ZR 1/06, Nr. 1.

¹¹⁹³ Vgl. Müller WRP 1989, 753 ff.; Dobel S. 91.

¹¹⁹⁴ Vgl. OLG München OLG Report 2005, 251, 252 – So wirksam wie Antibiotikum; Dobel S. 92. Der Einweisungstermin ist nicht zwingend. Das Verfahren kann auch unter schriftlichen Stellungnahmen der Parteien fortgeführt werden. Auch ist es möglich, den Parteien noch vor dem Einweisungstermin Gelegenheit zur Stellungnahme zu bieten, um bereits frühzeitig auf Problempunkte hinzuweisen. Ein Einweisungstermin führt zwar regelmäßig zu einer nicht ganz unerheblichen Verzögerung der Angelegenheit, lohnt sich aber angesichts der damit leichteren und möglichst fehlerfreien Beweiserhebung dennoch. Allerdings kann es auch vorkommen, dass bei manchen Verfahrensbeteiligten, komplizierten Sachverhalten bzw. schwierigen Fragebogenabstimmungen sich die Vorbereitung über Monate hinziehen kann.

¹¹⁹⁵ Vgl. BGH GRUR 1987, 171 – Schlussverkaufswerbung; BGH GRUR 1987, 535, 538 – Wodka Woronoff; Ahrens/*Spätgens* 28. Kap., Rn. 20.

¹¹⁹⁶ Vgl. Müller S. 175.

¹¹⁹⁷ Vgl. Ahrens/*Spätgens* 28. Kap., Rn. 25.

eingehen. Dabei muss er jedoch zudem beachten, dass die Parteien ein eigenes Interesse an einer bestimmten Vorgehensweise verfolgen. Darüber hinaus ist es für gewöhnlich zweckdienlich, dem Gutachter vermehrt Gehör zu schenken, da anzunehmen ist, dass dieser über einen größeren Erfahrungsschatz hinsichtlich der richtigen Methodik verfügt als das Gericht. Der Gutachter hat demgegenüber auf Unklares oder Fehlendes hinzuweisen, z. B. wenn er den vom Gericht erlassenen Beweisbeschluss für unzweckmäßig oder unrichtig erachtet. Gelegentlich wird der Sachverständige auch im Hinblick auf die Rechtsfrage zur Definition des Verkehrskreises herangezogen.¹¹⁹⁸ An dieser Stelle werden die Parteien versuchen, auf die Ausführungen des Gutachters Einfluss zu nehmen, da die die Verkehrsdurchsetzung bestreitende Partei vermutlich an einem möglichst weiten beteiligten Verkehrskreis interessiert ist und umgekehrt. Der Sachverständige vermag ebenso abzuschätzen, ob die Umfrage aus Kostengründen zunächst auf einen von möglicherweise mehreren relevanten Verkehrskreisen beschränkt werden kann, etwa auf den vom Ergebnis her kritischeren oder wirtschaftlich bedeutsameren, und von dem anzunehmen ist, dass er das Zeichen vergleichsweise weniger mit dem Zeicheninhaber in Verbindung bringt. Resultieren daraus gute Ergebnisse, erübrigt sich eventuell eine Ausdehnung der Untersuchung auf die anderen Kreise, die eine solche Kenntnis erst recht vermuten lassen.¹¹⁹⁹

Die endgültige Fragestellung und Methodik des Vorgehens werden entweder im Rahmen dieses Termins bereits abschließend bestimmt oder so weit fixiert, dass der Sachverständige sie dann kurzfristig ausformulieren kann. Bei der nachträglichen Ausformulierung hat das Gericht die Vorschläge den Parteien erneut zur Stellungnahme vorzulegen. Ggf. ist auch ein ergänzender Beweisbeschluss im Hinblick auf Fragenkatalog, Untersuchungsmethode und Definition der beteiligten Verkehrskreise von Nöten.¹²⁰⁰ Der per Beweisbeschluss erlassene Auftrag zur Erstellung des Sachverständigengutachtens muss dem Gutachter deutlich machen, dass er neben den bloßen Ergebnissen auch seine sachkundige Deutung und nähere Erläuterung darzulegen hat.¹²⁰¹

¹¹⁹⁸ Dem Sachverständigen obliegt es, die Grundgesamtheit zu definieren, Stichprobenvorschläge zu machen und geeignete Fragen zu entwickeln, die die zum Verkehrskreis gehörenden Personen eindeutig aus der Gesamtheit der Befragten identifizieren. Vgl. Dobel S. 94.

¹¹⁹⁹ Und umgekehrt wenn zunächst nur der Kreis mit den vermeintlich besseren Ergebnissen befragt würde und schon dieser ein nachteiliges Ergebnis erzielen würde; vgl. Loschelder/*Pflüger* § 42, Rn. 96.

¹²⁰⁰ Vgl. Dobel S. 92

¹²⁰¹ Vgl. Teplitzky 47. Kap., Rn. 20; *Gloy/Loschelder* (3. Auflage) § 19, Rn. 27 ff.

Streitig ist, ob das Gericht einen auf die Einholung eines demoskopischen Gutachtens gerichteten Beweisantrag ablehnen darf, wenn es die entstehenden Kosten in Relation zum Gegenstandswert für unangemessen erachtet.¹²⁰² Im Hinblick darauf, dass es sich beim Gegenstand der Verkehrsdurchsetzungsverfahren um Zeichen handelt, die mit einem erheblichen wirtschaftlichen Interessen belegt sind, stellt dies ohnehin eine Ausnahme dar. Allerdings ist unter Berücksichtigung der Parteidisponibilität und der Tatsache, dass die Ablehnungsgründe aus einer abschließenden Aufzählung¹²⁰³ bestehen, in der die Unwirtschaftlichkeit eines Sachverständigengutachtens gerade nicht aufgeführt wird, von der Unzulässigkeit eines solchen Vorgehens, festgestellt durch das Gericht, auszugehen.

Bei der ausnahmslos schriftlich erfolgenden Begutachtung hat der Sachverständige ein den formalen Anforderungen entsprechendes,¹²⁰⁴ unterschriebenes Gutachten vorzulegen. In einem Resümee sind die im Beweisbeschluss gestellten Fragen zu beantworten sowie die wichtigsten rechtsrelevanten Ergebnisse aus Sicht der Rechtsdemoskopie zu interpretieren.¹²⁰⁵ Das Gericht kann den Sachverständigen auffordern, das Gutachten während eines Termins zu erläutern. In diesem Rahmen können die Prozessparteien Einwendungen vortragen und Ergänzungsfragen stellen. Ullmann¹²⁰⁶ vertrat zwar Anfang der 90er-Jahre noch die Ansicht, bei Gerichtsgutachten sei der vom Gericht bestellte Sachverständige grundsätzlich zu einem Erörterungstermin zu laden. Die nachträgliche Vertretung und gegebenenfalls Verteidigung des Gutachtens durch den Sachverständigen vor Gericht bildet mittlerweile jedoch eher die seltene Ausnahme. Vor allem im Verkehrsdurchsetzungsverfahren dürfte die Vorlage eines schlüssigen und vollständigen Gutachtens keinerlei Zweifel oder unterschiedliche Interpretationen der Parteien ergeben bzw. zulassen, die eine derartige Vorladung als zweckmäßig oder gar erforderlich erscheinen ließen. Ein anderes Vorgehen ist allerdings dann zu veranlassen, wenn das gerichtlich eingeholte Gutachten und ein Parteigutachten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen und ein fachliches Streitgespräch zwischen den Gutachtern angezeigt ist.¹²⁰⁷

¹²⁰² Vgl. Müller 183 ff.

¹²⁰³ Die Ablehnung eines Beweisantrages kann nur unter den entsprechenden Voraussetzungen von § 244 Abs. 3-5 StPO erfolgen.

¹²⁰⁴ Zu den formalen Voraussetzungen vgl. Kap. E.I.14.

¹²⁰⁵ Vgl. Loschelder/*Pflüger* § 42, Rn. 81; Teplitzky WRP 1990, 145, 148.

¹²⁰⁶ Vgl. Ullmann GRUR 1991, 789, 795.

¹²⁰⁷ Vgl. Teplitzky WRP 1990, 145, 148.

4. Verwertbarkeit von Parteigutachten

Vielfach geben Parteien von sich aus Verkehrsumfragen in Auftrag, um ihre Prozesschancen besser abschätzen oder ihre Position im Verfahren besser untermauern zu können. Auftraggeber ist dabei regelmäßig der Zeicheninhaber, wobei auch der umgekehrte Fall eintreten kann, etwa dann, wenn eine wegen Unterlassung oder Schadenersatz in Anspruch genommene Partei Klarheit über die rechtliche Einschätzung fordert.

Ein anderer Anwendungsbereich eröffnet sich, wenn ein eigenes Gutachten die Ergebnisse eines gerichtlichen Gutachtens entkräften soll. Ein Obergutachten ist angesichts der Natur des demoskopischen Gutachtens nicht vorstellbar, sodass ein solches Parteigutachten allenfalls die partielle Nacherhebung, im Regelfall aber wohl nur eine Wiederholung der gesamten Prozedur mit überarbeitetem bzw. neu gefasstem Ablaufschema zur Folge hätte.¹²⁰⁸

Im Gerichtsverfahren werden die Parteigutachten als substantiierter Parteivortrag gewertet.¹²⁰⁹ Die Einbringung ist nicht vorab pauschal wegen mangelnder Objektivität abzulehnen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die einbringende Partei um eine objektive Klärung des Tatbestands bemüht ist, um eine Ablehnung des Gutachtens wegen des Verdachts der manipulativen Einflussnahme zu verhindern. Gegenüber gerichtsseitig verfükten Gutachten weisen Parteigutachten gleichwohl den formalen Mangel auf, dass weder die andere Partei noch das Gericht die Möglichkeit hatte, auf die Festlegung des Beweisthemas und der Fragen sowie die Durchführung der Begutachtung Einfluss zu nehmen.

Als Parteigutachten werden manchmal auch Auszüge aus Marktforschungsuntersuchungen vorgelegt, die wegen ihrer anderen Zielsetzung regelmäßig keine rechtsdemoskopischen Fragestellungen beinhalten und daher keine dem Verkehrsdurchsetzungsgutachten vergleichbaren rechtsrelevanten Ergebnisse liefern können. Trotzdem besitzen diese Umfragen durchaus eine prozessuale Relevanz, da das Gericht bei der Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung neben dem Gerichtsgutachten auch andere Umstände zu berücksichtigen hat.

¹²⁰⁸ Vgl. Ahrens/*Spätgens* 28. Kap., Rn. 13; anders noch Müller S. 177, der die Möglichkeit eines Obergutachtens im Wettbewerbsrecht noch bejaht, aber hierfür wenig Erfolgsaussichten einräumt.

¹²⁰⁹ Vgl. BGH GRUR 2006, 79, 81 Rn. 36 – Jeans I; Dobel S. 87 f.

5. Beweiswürdigung

Das Gericht hat das Gutachten nach § 286 ZPO frei zu würdigen, unabhängig davon, ob die Parteien der Erhebungsprozedur zugestimmt haben oder nicht.¹²¹⁰ Insbesondere obliegt dem Gericht die Feststellung, ob das Verkehrsdurchsetzungsgutachten methodisch einwandfrei erhoben sowie die richtigen Fragen gestellt wurden, damit keine suggestive Beeinflussung erfolgte und wie die jeweiligen Antworten zu verstehen sind, etwa ob bestimmte Angaben eines Unternehmens tatsächlich auf den Marken- bzw. Zeicheninhaber hindeuten. Eine nähere Abhandlung des Problemfelds der Beweis- und Feststellungslast erfolgt unter Kapitel D.IV-V. zu den einzelnen Verfahrensarten.

6. Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisführung

Als das demoskopische Gutachten noch nicht umfassend als Beweismittel anerkannt war, wurde gegen die Zulässigkeit dieser Beweisführung immer wieder der Einwand erhoben, sie verletze das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme.¹²¹¹ Diese Kritik beruhte auf der Annahme, das Gericht vernehme jene Personen, welche vom Gutachter oder Interviewer befragt wurden, nicht als Zeugen. Allerdings verkannte diese Auffassung, dass es sich bei den befragten Personen nicht um Zeugen handelt, sondern um Erkenntnisobjekte, deren Befragung für eine repräsentative Umfrage erforderlich ist. Der Sachverständige sieht sich mit einer bestimmten Verkehrsauffassung konfrontiert, die er auf objektiver Basis abzuschätzen hat. Wie jedem anderen Sachverständigen auch, der ein Gutachten über den Zustand einer Sache zu erstellen hat, dient das zu begutachtende Objekt – hier die Grundgesamtheit bzw. die zu befragende Person – nicht als Zeuge, sondern lediglich als Übermittler eines bestimmten zu begutachtenden Zustands.

7. Verwertbarkeit

Maßgeblich für den Wert des Verkehrsgutachtens ist der Zuverlässigkeits- und Gültigkeitsgrad.¹²¹² Sofern allerdings eine gewissenhafte Ausarbeitung, Organisation und Durchführung nachgewiesen wird, erbringt das Gutachten sichere und schlüssige Er-

¹²¹⁰ Vgl. Dobel S. 102.

¹²¹¹ Vgl. OLG München GRUR 1956, 379, 380 – Arwa; OLG Hamburg WRP 1958, 341, 342 – Blumen in alle Welt; Sauberschwarz S. 15.

¹²¹² Vgl. hierzu Kap. E.I.10.d).

kenntnisse. Sorgfältig und gewissenhaft durchgeführte Erhebungen genügen angesichts des heutigen Leistungsstandards der demoskopischen Wissenschaft den Anforderungen an ein zuverlässiges Beweismittel. Liegt das Gutachten vor, so ist vom Gericht zu prüfen, ob die Befragung *lege artis* erfolgte und das Gutachten auch tatsächlich die Realität abbildet. Erkannte Fehler sind zu eliminieren bzw. herauszurechnen, Fehlertoleranzen zu beachten und gegebenenfalls durch Addition oder Subtraktion neue oder andere Gesamtergebnisse zu ermitteln. Die rechtliche Schlussfolgerung, d. h. die Beantwortung der Rechtsfrage, ob bei der ermittelten Verkehrsgeltungsquote eine Verkehrsdurchsetzung anzunehmen ist, obliegt dann allein dem Gericht.

8. Kostenproblematik¹²¹³

Die für ein demoskopisches Gutachten im Rahmen eines Gerichtsverfahrens entstehenden Kosten stellen sich unter zwei Gesichtspunkten als problematisch dar: Zum einen betrifft dies die dogmatische Einordnung der Kostenentstehung, zum anderen die Kostentragungspflicht.

Die Bestimmungen des JVEG sind auf Gutachten zugeschnitten, bei denen es nur auf den Zeitaufwand des Sachverständigen und auf den Schwierigkeitsgrad des Gutachterauftrags ankommt. Bei rechtsdemoskopischen Gutachten ist der Anteil der zusätzlichen Kostenfaktoren so erheblich, dass dem durch die Anwendung des JVEG nicht Rechnung getragen werden kann. Die Vergütung von gerichtlich bestellten Sachverständigen wird daher ausnahmslos in einer Vereinbarung gem. § 13 JVEG zwischen dem Gericht, den Parteien und dem beauftragten Meinungsforschungsinstitut festgelegt. Dies erfolgt, sobald der Fragebogen verabschiedet ist und der Sachverständige auf dieser Grundlage ein Angebot gemacht hat.¹²¹⁴

Die Kosten eines in gerichtlichem Auftrag erstellten demoskopischen Gutachtens zählen zu den Kosten des Rechtsstreits und sind gem. §§ 91 ff. ZPO von der unterlegenen Partei zu tragen.¹²¹⁵ Bemühungen und Überlegungen, die Kostenproblematik wegen der durchaus erheblichen Summen anderweitig zu regeln und unter Billigkeitsgesichts-

¹²¹³ Auf die allgemeine Kostenfrage wurde bereits allgemein im Rahmen des Eintragungsverfahrens vor dem DPMA eingegangen, vgl. hierzu Kap. E.I.16. Hier geht es allein um die Kostentragungslast im Gerichtsverfahren.

¹²¹⁴ Vgl. Hasselblatt/*Eichmann* § 9, Rn. 87; Dobel S. 103.

¹²¹⁵ Vgl. *Gloy/Loschelder* (3. Auflage) § 19, Rn. 36.

punkten zu mildern, sind bisher nicht durchgedrungen. Noelle-Neumann/Schramm¹²¹⁶ halten es für die Gegenpartei, welche nicht beweispflichtig ist, für unzumutbar, den Kostenaufwand auch im Falle des Unterliegens zu erstatten. Das Gericht könne deshalb die Einholung einer solchen Umfrage davon abhängig machen, dass der Beweisführende verbindlich erkläre, nur derjenige Teil der Umfragekosten solle erstattungsfähig sein, den das Gericht festlege.¹²¹⁷ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Gericht mit diesem Vorgehen zu sehr und unangemessen auf den Prozess Einfluss nimmt. Niemand hindert die Gegenpartei, den geltend gemachten Anspruch der beweispflichtigen Partei einfach anzuerkennen oder einen Prozess vorab zu vermeiden. Fühlt sie sich dagegen im Recht und wünscht die Durchführung eines solchen Gutachtens, so muss sie auch die Kosten tragen. Eine andere Sichtweise würde die beweisbelastete Partei zu sehr einschränken, da auch diese ein schützenswertes Interesse an der Durchsetzung ihrer Rechtsposition besitzt und bei einer aufgezwungenen Kostenentscheidung daran gehindert werden kann. Darüber hinaus lassen die klaren Regeln des Kostenrechts, abgesehen von § 91a ZPO, für Billigkeitserwägungen keinen Raum, sodass allenfalls der Gesetzgeber eine Änderung herbeiführen könnte.¹²¹⁸

Eine besondere Brisanz entwickelt die Problematik auch dann, wenn in einem Prozess, insbesondere im Kollisionsverfahren zum Nachweis der Kennzeichnungskraft, ein Privatgutachten einer wirtschaftlich potenten Partei eingeführt wird und eine Partei mit geringer wirtschaftlicher Leistungskraft den gegnerischen Vortrag und Anspruch nur durch ein Gegengutachten zu Fall zu bringen könnte.¹²¹⁹ Prinzipiell entspricht die Konstellation jedoch der oben aufgeführten. Eine eventuelle Benachteiligung der wirtschaftlich unterlegenen Partei ist demnach hinzunehmen.

Für eine im Parteiauftrag durchgeführte Umfrage sind die Kosten erstattungsfähig, wenn das Umfrageergebnis in den Prozess eingeführt wurde, die prozessuale Stellung der Partei verbessert hat und zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforder-

¹²¹⁶ Vgl. Noelle-Neumann/Schramm S. 96.

¹²¹⁷ Ähnlich auch vom Stein GRUR 1972, 314, 316, der aufgrund der Besonderheiten des demoskopischen Gutachtens im Vergleich zu den in der ZPO vorgesehenen klassischen Beweismitteln die Auffassung vertritt, dass das Gericht freier bei seiner Beweiseinholung sein müsse und der unterlegenen Partei die Kosten nur auferlegen solle, soweit man es ihr billigerweise zumuten kann. Vgl. auch Dobel S. 104 f.

¹²¹⁸ Vgl. auch Ahrens/*Spätgens* 28. Kap., Rn. 42; Dobel S. 105.

¹²¹⁹ Vgl. Levin S. 99, der aberkennt, dass etwa in einem Kollisionsverfahren oftmals nicht gleichsam wirtschaftlich potente Parteien um ihr Recht streiten. Die Annahme einer wirtschaftlichen Waffen-gleichheit dürfte allenfalls im Löschung- oder Widerspruchsverfahren seine Richtigkeit haben. Ein Antragsteller im Lösungsverfahren wird sich vor Antragstellung das Prozesskostenrisiko reiflich überlegen, zu dem je nach Fallgestaltung auch das demoskopische Gutachten hinzuzuzählen ist.

lich¹²²⁰ war.¹²²¹ Unerheblich ist dagegen, ob es die Entscheidung des Rechtsstreits konkret beeinflusst hat.¹²²² Im Regelfall dürfte dies bei einem streitigen Verfahren nicht der Fall sein, da es hier an der Erforderlichkeit mangelt und die Einholung des Gutachtens nicht geeignet sein dürfte, die Stellung der Partei zu verbessern. Wurde das Gutachten tatsächlich zur Unterstützung und Erhärtung des eigenen Prozessvortrags eingeholt, ist in aller Regel ein Widerspruch des Gegners bezüglich der Verwertung eines solchen Gutachtens zu erwarten, sodass das Gericht ohnehin Beweis erheben muss. Nur wenn das Parteigutachten als Grundlage für den Rechtsstreit dient, sind entsprechende Kosten zu erstatten. Dies ist u. a. der Fall, falls das Gutachten zum Zweck der präventiven Beweissicherung erstellt wurde, um im Falle einer kennzeichenrechtlichen Kollision auf eine gesicherte demoskopische Beweisgrundlage zurückgreifen zu können.¹²²³

Vor Einholung eines gerichtlichen demoskopischen Gutachtens beraten im Klageverfahren Gericht, Parteien und Sachverständiger, wie die Fragen zu formulieren sind, um eine verlässliche demoskopische Grundlage zu erhalten. Diese Beratungen können für den Ausgang des Verfahrens entscheidungserheblich sein. Wenn es der Prozesspartei an der erforderlichen Sachkenntnis mangelt, sind u. U. auch die Kosten für einen privat beauftragten Sachverständigen, der die Prozesspartei während des Verfahrens berät, erstattungsfähig.

9. Die Bedeutung der Verkehrsdurchsetzung im Kollisionsverfahren

Mit der Eintragung des durchgesetzten Zeichens als Marke darf dem Zeichen der markenrechtliche Schutz nicht mehr versagt werden.¹²²⁴ Über den jeweiligen Schutzzumfang des auf Grund Verkehrsdurchsetzung als Marke eingetragenen Zeichens, insbesondere in Bezug auf Schadenersatz- oder Unterlassungsansprüche nach § 14 MarkenG, wird hingegen noch keine konkrete Aussage getroffen.

Wenn eine durch Verkehrsdurchsetzung eingetragene Marke verletzt wurde, kommt es jedoch bei der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 Mar-

¹²²⁰ Vgl. OLG Koblenz GRUR-RR 2004, 312 – Meinungsforschungsgutachten.

¹²²¹ Vgl. etwa OLG Köln Mitt 1989, 37; KG GRUR 1987, 473; OLG München GRUR 1987, 322; OLG München GRUR 1977, 562; OLG Düsseldorf GRUR 1975, 40; OLG Köln GRUR 1971, 420; Jacobs/Jacobs Vor § 13 UWG, Rn. 457 f., Ströbele/Hacker § 4, Rn. 55; Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 88.

¹²²² Vgl. Jacobs/Jacobs Vor § 13 UWG, Rn. 457.

¹²²³ Vgl. Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 38; vgl. hierzu auch Kap. E.I.5.a)aa).

¹²²⁴ Vgl. BGH GRUR 2003, 1040, 1042 – Kinder; vorangehend OLG Köln WRP 2001, 57, 59 – Kinder Kram.

kenG insbesondere darauf an, welche Kennzeichnungskraft einer verkehrsdurchgesetzten Marke allein auf Grund der Tatsache, dass es sich um ein verkehrsdurchgesetztes Zeichen handelt, zuzuschreiben ist und welche Voraussetzungen die Annahme einer gesteigerten oder schwachen Kennzeichnungskraft rechtfertigen.

Die frühere Rechtsprechung ging davon aus, im Falle einer unvermindert fortbestehenden Verkehrsgeltung sei nicht von einem Schutzzumfang „an der untersten Grenze“, sondern vielmehr regelmäßig von einer mindestens normalen Kennzeichnungskraft auszugehen.¹²²⁵ Die neuere Rechtsprechung¹²²⁶ führt darauf aufbauend und verdeutlichend aus, die Eintragung einer Marke als durchgesetztes Zeichen bedeute nicht zugleich, dass der Marke im Verletzungsverfahren in jedem Fall zumindest durchschnittliche Kennzeichnungskraft beizumessen sei. Die Bindung des Verletzungsrichters an die Eintragung der Marke habe nur zur Folge, dass er der Marke nicht jeglichen Schutz versagen dürfe. Dementsprechend müsse der Verletzungsrichter auch den Grad der Kennzeichnungskraft einer aufgrund einer Verkehrsdurchsetzung eingetragenen Marke im Verletzungsverfahren jeweils selbstständig bestimmen.

Dies bedeutet, dass die Kennzeichnungskraft konkret für den geltend gemachten Kollisionszeitpunkt dargelegt werden muss. Neben dem Zeitpunkt, an dem das Kollisionszeichen kennzeichenrechtlichen Schutz erlangt hat,¹²²⁷ ist auch der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz maßgeblich¹²²⁸. Eine etwaige Schwächung der Kennzeichnungskraft ist bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zu prüfen.¹²²⁹ Es ist nämlich nicht gerechtfertigt, der Marke die im Eintragungsverfahren ermittelte erhöhte Verkehrsbekanntheit dauerhaft zuzusprechen. Liegt der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung bereits längere Zeit zurück, kann sich das Zei-

¹²²⁵ Vgl. BGH GRUR 2007, 1040, 1043 – Kinder II; BGH GRUR 2007, 780 – Pralinenform; BGH GRUR 1991, 609, 610 – SL; BGH GRUR 2004, 600, 601 – d-c-fix/CD-FIX; BGH GRUR 2004, 514, 516 – Telekom; BGH GRUR 2003, 1040, 1043 – Kinder I; BGH WRP 1993, 694, 696 – Appetito/Apitta.

¹²²⁶ Vgl. BGH GRUR 2010, 1103, 1105, Nr. 40 – Pralinenform II; BGH GRUR 2009, 672, 675, Nr. 26 – OSTSEE-POST; BGH GRUR 2007, 1040, 1043, Nr. 28 – Kinder II; BGH GRUR 2007, 780 – Pralinenform.

¹²²⁷ Dies trifft für Angriffe gegen Zeichen zu, die ihrerseits Kennzeichenschutz genießen. Wenn sich also der Angriff gegen ein Kollisionszeichen richtet, das zum Kollisionszeitpunkt bereits Kennzeichenschutz erlangt hat, dann kommt es auch auf den (ersten) Kollisionszeitpunkt an. Vgl. BGH GRUR 2002, 544, 546 – Bank24; OLG Köln MMR 2010, 473, 474 – weg.de/mcweg.de.

¹²²⁸ Vgl. BGH GRUR 2009, 766, 770, Rn. 40 – Stofffähnchen; BGH GRUR 2008, 505, 508, Nr. 27 – TUC-Salzcracker; BGH GRUR 2003, 428, 433 – BIG BERTHA; BGH GRUR 1975, 370, 371 – Protesan; OLG Köln WRP 2012, 592, 593, Nr. 8 – eurodate/europdata.

¹²²⁹ Vgl. BGH GRUR 2009, 766, 770, Rn. 40 – Stofffähnchen; BGH GRUR 2008, 505, 508, Nr. 27 – TUC-Salzcracker; BGH GRUR 2003, 428, 433 – BIG BERTHA; BGH GRUR 1975, 370, 371 – Protesan; OLG Köln WRP 2012, 592, 593, Nr. 8 – eurodate/europdata.

chen im Laufe der Jahre auch wieder zu einer üblichen Bezeichnung entwickelt haben, deren Kennzeichnungskraft möglicherweise nur noch schwach ausgeprägt ist.¹²³⁰ Andererseits ist darauf zu achten, dass dem angegriffenen Kollisionszeichen kein unbilliger Vorteil verschafft wird. Insofern ist allein auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem die kollisionsbegründende Benutzung des angegriffenen Zeichens begonnen hat, wenn die Schwächung der Kennzeichnungskraft des Klagezeichens gerade durch die widerrechtliche Benutzung des Kollisionszeichens verursacht wurde.¹²³¹ Soweit Verletzungsansprüche naturgemäß an eine in der Vergangenheit liegende Verletzungshandlung anknüpfen, kommt es allein auf den Kollisionszeitpunkt bzw. -zeitraum an.¹²³²

Das Verletzungsgericht ist also nicht uneingeschränkt an die Eintragung der Klagemarke gebunden. Vielmehr umfasst die Bindungswirkung nur die Tatsache der Eintragung und somit bei eingetragenen Marken aufgrund einer Verkehrsdurchsetzung den Umstand, dass die Eintragungshindernisse gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG nicht bestehen und das Gericht die Schutzfähigkeit nicht verneinen darf, nur weil die Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung nachträglich weggefallen sind oder es diese für niemals gegeben erachtet.¹²³³

Eine dahingehende Bindung besteht auch dann, wenn bereits ein Löschungsverfahren rechtshängig ist, aber noch keine rechtskräftige Entscheidung vorliegt.¹²³⁴ Die gegenteilige Auffassung, die in diesem Fall keine Bindungswirkung annimmt, berücksichtigt nicht hinreichend die aufschiebende Wirkung des im Löschungsverfahren eingelegten Rechtsmittels sowie die Aufgabenverteilung zwischen Eintragungsinstanzen und Verletzungsgerichten, wonach nur den Eintragungsinstanzen eine Zuständigkeit zur Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen zugewiesen ist.¹²³⁵ Würde eine nicht rechts-

¹²³⁰ Vgl. BPatG vom 23.03.2004, Az.: 24 W (pat) 191/02, Nr. 20 f. – fit FOR FUN/fit zu einer im Jahre 1956 als durchgesetzt eingetragenen Marke; Ströbele/Hacker § 9, Rn. 132.

¹²³¹ Vgl. EuGH GRUR 2006, 495, 496, Nr. 18 – Levi Strauss/Casucci; BGH GRUR 2008, 505, 508, Nr. 27 – TUC-Salzcracker.

¹²³² Das betrifft in erster Linie Schadenersatzansprüche mit dem Hilfsanspruch auf Auskunft, Drittauskunftsansprüche, Sicherungsansprüche, Vorlage- und Besichtigungsansprüche; vgl. Ströbele/Hacker § 14, Rn. 255.

¹²³³ Vgl. BGH GRUR 2003, 1040, 1042 – Kinder I; insofern kritisch Rohnke GRUR 2001, 697; anders auch in der Schweiz, wo der Zivilrichter nicht an den Eintragungsentscheid des Eidgenössischen Instituts für geistiges Eigentum (IGE) gebunden ist, vgl. Niedermann/Schneider sic! 2002, 815, 820, Fn. 42.

¹²³⁴ Vgl. BGH GRUR 2010, 1103, 1104, Nr. 19 – Pralinenform II; BGH GRUR 2009, 678, 679, Nr. 15 – POST/RegioPost; BGH GRUR 2009, 672, 674, Nr. 17 – OSTSEE-POST; BGH GRUR 2008, 798, 799, Nr. 14 – POST; BGH GRUR 2003, 1040, 1041 f. – Kinder I; Hanseatisches OLG GRUR-RR 2005, 149; a.A. OLG Köln ZUM RD 2001, 352, 354.

¹²³⁵ Vgl. BGH GRUR 2010, 1103, 1104, Nr. 19 – Pralinenform II; BGH GRUR 2009, 678, 679, Nr. 15 – POST/RegioPost; BGH GRUR 2009, 672, 674, Nr. 17 – OSTSEE-POST; BGH GRUR 2008, 798,

kräftige Löschungsanordnung bereits ausreichen, um die Bindungswirkung des Verletzungsrichters an die Markeneintragung aufzuheben, bestünde die Gefahr widersprechender Entscheidungen zwischen den Eintragungsinstanzen und den Verletzungsgerichten bei der Prüfung der absoluten Schutzhindernisse nach § 8 MarkenG.¹²³⁶ Die Bindungswirkung kann sich aber andererseits nur auf die zugrundeliegenden Feststellungen zu den Eintragungsvoraussetzungen und -hindernissen beziehen, die bei der Eintragung eines Zeichens als Marke Prüfungsgegenstand waren.¹²³⁷ Dem Verletzungsrichter bleibt es daher unbenommen, selbst zu entscheiden, ob das angegriffene Zeichen in der beanstandeten konkreten Verwendungsform vom Verkehr als Herkunftshinweis im Sinne einer Marke verstanden wird, weil die der Eintragung zugrunde liegende Feststellung hinreichender Unterscheidungskraft nicht voraussetzt, dass der Verkehr bei jeder Verwendungsmöglichkeit einen Herkunftshinweis annimmt.¹²³⁸ Verneint das Gericht diese Frage, so ist der als verkehrsdurchgesetzt eingetragenen Marke kein Markenrechtsschutz zuzusprechen.

Das Gericht kann daher, je nach Vorlage entsprechender Nachweise, seine Entscheidung auf einen unterdurchschnittlichen, durchschnittlichen oder überdurchschnittlichen Schutzzumfang gründen. Eine Kennzeichnungsschwäche oder besondere Stärke hingegen ist nur anzunehmen, wenn hierfür besondere tatsächliche Umstände vorliegen.

Kommt das Gericht zu der Überzeugung, die verkehrsdurchgesetzte und eingetragene Marke habe ihre Verkehrsgeltung nahezu vollständig verloren, so ist von einer weit unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft auszugehen, mit der Folge, dass für eine Verletzung nach § 14 MarkenG eine höhere Zeichen- oder Waren- bzw. Dienstleis-

799, Nr. 14 – POST; BGH GRUR 2005, 427, 428 – Lila-Schokolade; BGH GRUR 2005, 414, 416 – Russisches Schaumgebäck.

¹²³⁶ Vgl. BGH GRUR 2008, 798, 799, Nr. 14 – POST. Fraglich erscheint allerdings, ob der Verletzungsrichter bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Löschungsantrag das Aussetzen des Verfahrens nach § 148 ZPO anordnen soll (vgl. z.B. bejaht BGH GRUR 2010, 1103 – Pralinenform II; verneint Köln GRUR-RR 2013, 213, 214 – Wörterbuch-Gelb (eingeschränkt bestätigt durch den BGH GRUR 2014, 1101, 1102, Nr. 17 – Gelbe Wörterbücher: Eine Aussetzung des markenrechtlichen Verletzungsverfahrens im Hinblick auf ein gegen die Klagemarke gerichtetes Löschungsverfahren scheidet im Regelfall aus, wenn keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für den Erfolg des Löschungsverfahrens besteht). Im Hinblick auf die notwendige Effizienz des Markenschutzes ist dies zumindest dann zu verneinen, wenn der Löschungsantrag nicht vor dem Verletzungsverfahren angestrengt wurde, da andererseits der Verletzer das Verfahren mit einem Löschungsantrag unangemessen verschleppen könnte.

¹²³⁷ Vgl. BGH GRUR 2000, 888, 889 – MAG-LITE; OLG Hamm vom 16.11.2010, Az.: 4 U 95/10, Nr. 56 – flexi 90; Ingerl/Rohnke § 8, Rn. 21.

¹²³⁸ Vgl. BGH GRUR 2010, 1103, 1105, Nr. 26 – Pralinenform II; BGH GRUR 2005, 414, 416 – Russisches Schaumgebäck.

tungsähnlichkeit vorliegen müsste.¹²³⁹ Ein Umstand, der eine solche Kennzeichnungsschwäche hervorrufen könnte, ist nach Rechtsprechung und Literatur etwa die Anlehnung des Zeichens an beschreibende Angaben.¹²⁴⁰ Da dieser Umstand bei einem Verkehrsdurchgesetzten Zeichen jedoch stets der Fall ist, darf dies nicht noch zusätzlich Berücksichtigung finden. Andererseits führen erkennbare Abweichungen leicht aus dem Schutzbereich der auf Grund Verkehrsdurchsetzung eingetragenen Marke hinaus, wenn der Verkehr an eine Vielzahl ähnlicher Gestaltungen gewöhnt ist.¹²⁴¹

Bei der Ermittlung des Kennzeichnungsgrades und des damit zusammenhängenden Schutzzumfangs sind sämtliche Umstände zu berücksichtigen. Auch die Eigenschaften, welche die Marke von Haus aus besitzt, der Marktanteil der mit der Marke versehenen Waren, die Intensität, die geografische Ausdehnung und die Dauer der Benutzung sowie der Werbeaufwand können wie bei der Feststellung der Verkehrsdurchsetzung selbst auch für diese Beurteilung erheblich sein.¹²⁴² Am verlässlichsten ist jedoch eine Bezugnahme auf die Ergebnisse eines demoskopischen Gutachtens. Doch auch hier existiert kein pauschaler Prozentanteil, der zu einer erhöhten Kennzeichnungskraft führen würde. So erachtete der BGH¹²⁴³ einen Bekanntheitsgrad von 48,5 % derjenigen, welche die Bezeichnung dem Markeninhaber unmittelbar oder mittelbar über andere Marken zuordnen, und von 58,6 % der Befragten, welche die Bezeichnung einem bestimmten, aber namentlich nicht genannten Unternehmen zuordnen, nicht für ausreichend, eine gesteigerte Kennzeichnungskraft anzunehmen. Vielmehr müsse hierzu der Anteil der Befragten, die das Zeichen einem bestimmten Unternehmen zuordnen und dieses richtig benennen, 60 % deutlich übersteigen.¹²⁴⁴ Die formulierten Anforderungen bezogen sich auf glatt beschreibende Zeichen. Allerdings ist davon auszugehen, dieses Erfordernis gelte annähernd auch für sonstige Zeichen, welche nach § 8 Abs. 3 MarkenG eingetragen wurden. Anderenfalls würde die stetige Rechtsprechung, Marken, die aufgrund von Verkehrsdurchsetzung eingetragen sind, im Regelfall zunächst allein normale Kennzeichnungskraft einzuräumen, keinen Sinn ergeben. Schließlich weisen diese für gewöhnlich ohnehin einen Bekanntheitsgrad von mindestens 50 % auf. Diese Handhabung

¹²³⁹ Falls ein Löschungsantrag auf Grund der Beweislastverteilung nicht erfolgreich ist, könnte man in diesem Zusammenhang die Belange des Antragstellers und potentiellen Verletzers berücksichtigen.

¹²⁴⁰ Vgl. BGH GRUR 2002, 626, 629 – IMS; Fezer § 14, Rn. 291; Ingerl/Rohnke § 14, Rn. 199.

¹²⁴¹ Vgl. BGH GRUR 2011, 148, 151, Nr. 33 – Goldhase II; BGH GRUR 2010, 1103, Nr. 35 – Pralinenform.

¹²⁴² Vgl. BGH GRUR 2007, 1071, 1072, Nr. 27 – Kinder II; BGH GRUR 2002, 1067, 1069 – DKV/OKV

¹²⁴³ Vgl. BGH GRUR 2003, 1040, 1043 – Kinder I.

¹²⁴⁴ Vgl. BGH GRUR 2004, 514, 516 – Telekom.

erscheint zudem gerechtfertigt, da es sich bei einer verkehrsdurchgesetzten Marke oftmals um eine allgemein übliche Bezeichnung handelt, von deren Benutzung als beschreibender Bestandteil einer Gesamtbezeichnung aus mehreren Elementen andere Mitbewerber abhängen. Ein vollkommener Ausschluss der Benutzung durch Mitbewerber aufgrund der vorschnellen Feststellung eines gesteigerten Kennzeichnungsgrades würde die Mitbewerber daher unangemessen benachteiligen.

Darüber hinaus sollte an dieser Stelle im Gegensatz zum Eintragungsverfahren, bei dem es nach der hier vertretenen Ansicht nicht auf die namentliche Zuordnung des Zeichens zum Zeicheninhaber ankommt,¹²⁴⁵ allein auf die konkrete namentliche Zuordnung des Markeninhabers abgestellt werden.¹²⁴⁶ Entgegen der von Pflüger¹²⁴⁷ vertretenen Ansicht geht auch die Vorgabe, die auf Stufe 3 geäußerten „Weiß-nicht“-Angaben seien nicht hinzuzurechnen, nicht fehl. Denn während bei der Eintragung grundsätzlich die Verkehrsdurchsetzung und die damit verbundene Qualifikation der Marke als unterscheidungskräftiger Unternehmenshinweis entscheidend ist (die nach der hier vertretenen Ansicht bereits dann vorliegt, wenn der überwiegende Teil des beteiligten Verkehrskreises dem Zeichen eine eindeutige Identitätsfunktion beimisst), bedarf es für eine gesteigerte Kennzeichnungskraft einer konkreten und korrekten Zuordnung, um den weitreichenden Schutz einer solchen Marke zu rechtfertigen. Einer nachträglichen Beschränkung des Schutzzumfanges nach § 23 MarkenG bedarf es folglich nur noch in einzelnen Sonderkonstellationen.¹²⁴⁸

Auch wenn eine pauschale Angabe des für einen gesteigerten Kennzeichnungsgrad erforderlichen Prozentanteils der Befragten, die die Marke dem Markeninhaber zusprechen, nicht möglich ist, sollten sich die Anforderungen dennoch im Rahmen des demoskopisch Möglichen bewegen. Falsch wäre es daher, eine nahezu einhellige Verkehrsbekanntheit zu fordern.^{1249, 1250} Vielmehr entspricht es der Realität, einen Zuordnungsgrad von etwa 70 % ohne Berücksichtigung der auf Stufe 3 erfolgten „Weiß nicht“-

¹²⁴⁵ Vgl. hierzu Kap. E.I.7.d).

¹²⁴⁶ Vgl. BGH GRUR 2004, 514, 516 – Telekom; BGH GRUR 2003, 1040, 1043 – Kinder I; OLG Köln vom 27.05.2005, Az.: 6 U 196/04, Nr. 9 f. – City Post; OLG Köln GRUR-RR 2005, 155 – Die Blaue Post.

¹²⁴⁷ Vgl. a.A. Pflüger GRUR 2006, 818, 819.

¹²⁴⁸ Vgl. BGH WRP 2008, 1206, 1208 – City Post.

¹²⁴⁹ A.A. zumindest bei glatt beschreibenden Angaben Ströbele/Hacker § 8, Rn. 133.

¹²⁵⁰ Die Rechtsprechung tendiert zur gegenteiligen Ansicht: Verneint wurde etwa eine gesteigerte Kennzeichnungskraft bei Zuordnungsgraden von 84,5 % BGH GRUR 2009, 672, 675 f., Nr. 30 – OST-SEE-POST; 61,3 % BGH GRUR 2007, 1071, 1073, Nr. 30 – Kinder II; 62 % BGH GRUR 2007, 1066, 1069, Nr. 36 – Kinderzeit; 60 % BGH GRUR 2004, 514, 516 – Telekom; 48,5 % BGH GRUR 2003, 1040, 1043 – Kinder.

Angaben zur Bezeichnung des richtigen Unternehmens als ausreichend anzusehen, um einen gesteigerten Kennzeichnungsgrad zugrunde zu legen.¹²⁵¹ Sinngemäß richtige Angaben wie etwa solche, die das in Streit stehende Unternehmen nach dem Sprachgebrauch des Verkehrs eindeutig erkennen lassen und lediglich sprachliche Varianten des exakten Firmennamens darstellen oder sich auf andere bekannte Marken des Unternehmens beziehen, sollten jedoch nicht ausgeschlossen werden.¹²⁵²

Die Beweislast für einen entsprechenden Kennzeichnungsgrad obliegt im Verletzungsverfahren dem Markeninhaber. Dies bedeutet auch, dass die Toleranzen und Abschläge zugunsten des Beklagten abgezogen werden müssten.¹²⁵³ Eine andere Ansicht vertrat das LG Mannheim¹²⁵⁴, das den Ausführungen des Sachverständigen folgte, der einen Toleranzabzug als einseitige Betrachtung auffasste, da die Toleranzwerte sowohl abzuziehen als auch hinzuzuzählen seien. Es spräche daher eine erhebliche Wahrscheinlichkeit dafür, dass der festgestellte Bekanntheitswert richtig sei. Mittlerweile wurde dies auch vom BGH so vertreten.¹²⁵⁵

Diese Einschätzung ist zwar grundsätzlich korrekt, doch sind die Toleranzgrenzen auch nicht gänzlich unwahrscheinlich. Das LG Mannheim verkannte etwa insofern die Beweislastverteilung. Die Entscheidung kann allenfalls unter dem Blickwinkel der Rückrechnung verständlich erscheinen, wonach die besonderen Umstände zu einer eher wertenden Betrachtung führten.¹²⁵⁶ Da der Kennzeichnungsgrad zum Verletzungszeitpunkt maßgeblich ist, kann der Markeninhaber den Beweisunsicherheiten, die bei einer Rückrechnung zu bedenken sind, entgehen, indem er vorsorglich ein Parteigutachten in Auftrag gibt.¹²⁵⁷

Die Rechtsprechung fokussiert bei der normativen Beurteilung einer Verwechslungsgefahr die Kennzeichnungskraft und geht folglich davon aus, bei einer hohen Verkehrsdurchsetzung liege auch eine hohe Kennzeichnungskraft vor, weshalb eine Verwechslungsgefahr weitaus schneller anzunehmen sei. De facto führt eine besonders ho-

¹²⁵¹ Pflüger GRUR 2006, 818, 820 hält einen sich aus der Kennzeichnungskraft (2. Stufe abzüglich Fehlzuordnungen der 3. Stufe) sowie inklusive der „Weiß-nicht“-Angabe der 3. Stufe ergebenden Wert von 70 % oder 80 % gerechtfertigt, um eine gesteigerte Kennzeichnungskraft zu Grunde zu legen.

¹²⁵² Vgl. Pflüger GRUR 2006, 818, 819; entgegen etwa BGH 2003, 1040, 1043 – Kinder I; OLG Köln vom 27.05.2005, Az.: 6 U 196/04, Nr. 9 f. – City Post; OLG Köln GRUR-RR 2005, 155 – Die Blaue Post.

¹²⁵³ Vgl. hierzu auch Kap. E.I.10.e) a.E.

¹²⁵⁴ Vgl. LG Mannheim MarkenR 2002, 60, 70 – intel inside.

¹²⁵⁵ Vgl. BGH GRUR 2014, 483 – test; vgl. hierzu aber auch Kap. E.I.10.e).

¹²⁵⁶ Vgl. hierzu Kap. E.I.5.a)bb).

¹²⁵⁷ Vgl. Hasselblatt/Eichmann § 9, Rn. 38.

he Verkehrsdurchsetzung und Kennzeichnungskraft aber gerade dazu, dass bei einem ähnlichen Zeichen keine Verwechslungsgefahr besteht, da das verkehrsdurchgesetzte Zeichen im Verkehr besonders bekannt und damit leichter zu unterscheiden ist sowie selten mit anderen ähnlichen Zeichen verwechselt wird.¹²⁵⁸

Die Rechtsprechung und herrschende Meinung hält trotz dieses Widerspruchs jedoch richtigerweise an der vertretenen Ansicht fest, da die mit einer hohen Verkehrsdurchsetzung ausgestatteten Zeichen einen erweiterten Schutzzumfang beanspruchen.¹²⁵⁹ Begründet werden kann dies u. a. aus der Perspektive, dass es sich bei der geschützten Marke um eine sehr bekannte handelt, hinter der üblicherweise ein breit am Markt agierendes Unternehmen steht, sodass Verbraucher das potenzielle Verletzungszeichen irgendwie mit dem Markeninhaber in Verbindung bringen, obwohl eine derartige Konnexion nicht tatsächlich besteht.

¹²⁵⁸ Vgl. Loschelder/*Pflüger* § 42, Rn. 117.

¹²⁵⁹ Vgl. BGH GRUR 2004, 779, 781 – Zwilling/Zweibrüder; BGH GRUR 1996, 198, 199 – Springende Raubkatze; BGH GRUR 1988, 635, 636 – Grundcommerz; BGH GRUR 1965, 601, 602 – roter Punkt; BGH GRUR 1952, 35, 36 – widia/ardia; BPatG GRUR 2000, 807, 808 – LIOR/DIOR; BPatG GRUR 2000, 433, 434 – Netto; Eichmann GRUR 1998, 201, 207; Raßmann GRUR 1997, 580, 588 f.; a.A. Loschelder/*Pflüger* § 42, Rn. 117.

F. Resümee und Ausblick

Diese Abhandlung verfolgte das Ziel, sowohl die juristischen als auch soziologischen Problempunkte des Verkehrsdurchsetzungsnachweises aufzuzeigen und zu lösen sowie einen allgemeinen Einblick in die Welt der Demoskopie zu liefern. Zusammengefasst präsentiert die Arbeit folgende Ergebnisse:

Die Demoskopie stellt eine adäquate und verlässliche Methode zur Feststellung der Verkehrsdurchsetzung dar, sofern die Befragung und Begutachtung nach demoskopisch einwandfreien Kriterien erfolgte. Demoskopie und Rechtswissenschaften sollten ein tiefer greifendes Vertrauen in die jeweilig andere Fachkompetenz entwickeln und sich auf Argumente und Vorschläge der Gegenseite einlassen. Die noch zum Teil anzutreffende Annahme der Alleinstellung der Beweismöglichkeit widerspricht den europarechtlichen Vorgaben. Es ist daher anzuraten, das duale System zwischen quantitativen und qualitativen Nachweismethoden konsequenter umzusetzen.

Die Dreistufenmethode des in Deutschland verwendeten Verkehrsdurchsetzungskonzepts ist nachvollziehbar, als Grundlage des demoskopischen Nachweises maßgeblich und ausreichend. Dennoch sollte der dritten Ebene, namentlich dem Zuordnungsgrad, keine entscheidende Bedeutung zukommen. Vielmehr sollte dieser lediglich als normative Gewichtung, und dies auch nur in eindeutigen Fällen, Einfluss auf die Entscheidung nehmen. Der Begriff Zuordnungsgrad ist nicht mehr mit dem des Verkehrsdurchsetzungsgrades gleichzusetzen. Entweder ist allein der Kennzeichnungsgrad maßgeblich oder es sollte bei Beibehalten der Rechtsprechungspraxis von einem zuordnungskorrigierten Kennzeichnungsgrad gesprochen werden.

Unerheblich für den Beweiswert sind die Stichprobenauswahl und der Umfang der Stichprobe, sofern die Stichprobenauswahl den demoskopischen Anforderungen genügt und der Mindestumfang von 1.000 Befragungspersonen, in Fachkreisen 200, nicht unterschritten wird.

Ein Kennzeichnungsgrad von etwa 60-70 % ist im Regelfall als ausreichend anzusehen, um von einer Verkehrsdurchsetzung und von der Eintragungsfähigkeit der Marke auszugehen. Soll nach der Rechtsprechung weiterhin auf den Zuordnungsgrad (bzw. „zuordnungskorrigierten“ Kennzeichnungsgrad) abgestellt werden, so ist ein Verkehrs-

durchsetzungsgrad von ca. 50-60 % der Befragten zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung als ausreichend zu empfehlen.

Im Lösungsverfahren ist die Beweislast grundsätzlich dem Antragsteller aufzubürden, es sei denn, der Markenrechtsinhaber ist für die fehlerhafte Beweisführung bei der Anmeldung verantwortlich. Ausnahmsweise kann dem Antragsteller eine Beweiserleichterung zugutekommen.

Das Kollisionsverfahren sollte allein den Zuordnungsgrad für die Beurteilung eines gesteigerten Kennzeichnungsgrades fokussieren und „Weiß-nicht“-Antworten in Bezug auf das abgefragte Unternehmen nicht hinzuaddieren. Ein Zuordnungsgrad von etwa 70 % ohne Berücksichtigung der „Weiß-nicht“-Angaben ist als ausreichend zu betrachten, um einen gesteigerten Kennzeichnungsgrad zugrunde zu legen.

Bezüglich der Behandlung von Zeichen, die aus einem Monopol hervorgingen, ist kein Unterschied bei der Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung zu machen, vielmehr sind die allgemein üblichen Grundsätze anzuwenden.

Die Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung anhand eines demoskopischen Gutachtens wird in Zukunft nicht nur in Deutschland an Bedeutung gewinnen. So zeigt ein internationaler Überblick¹²⁶⁰, dass auch in anderen Ländern die Skepsis dem Vertrauen an dieser Nachweismethode weicht. Die österreichische und helvetische Rechtspraxis verwendet vergleichbare Sachverständigengutachten zur Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung. In der Schweiz sind sogar Fälle normiert, in denen die Erbringung eines demoskopischen Gutachtens als obligatorisch gilt. In den nordeuropäischen Ländern ist die Akzeptanz demoskopischer Gutachten allgemein recht hoch. Insofern verwundert es kaum, dass in Dänemark und Norwegen der Verkehrsdurchsetzungsnachweis mittels demoskopischen Gutachtens die Regel darstellt. In Ungarn, Kroatien, Slowenien und der Slowakei sind Entwicklungen erkennbar, die eine Übertragung der deutschen Rechtspraxis vermuten lassen.¹²⁶¹ In den angloamerikanischen Rechtsgebieten und somit auch in England hat sich das demoskopische Gutachten zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung ebenfalls etabliert.¹²⁶²

Lediglich in einigen anderen Ländern bleibt die Verkehrsdurchsetzung, zum Teil aufgrund anderer Rechtstraditionen und -anschauungen, nachrangig. So findet die de-

¹²⁶⁰ Vgl. zum Ganzen Levin S. 104 ff.

¹²⁶¹ Vgl. Levin S. 108 f.; Pflüger Mitt. 2007, 259, 266.

¹²⁶² Vgl. Levin S. 110.

moskopische Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung in Frankreich kaum Anwendung, weil Unterscheidungsfunktion und qualitative Nachweismethode im Vordergrund stehen. In Italien gilt bereits eine stark beschreibende Marke, sofern bereits ein wenig abgeändert, von Haus aus als schutzfähig. Die Frage der Verkehrsdurchsetzung wird dort daher kaum thematisiert.¹²⁶³

Vor dem HABM ist das demoskopische Gutachten zwar als Nachweismethode weitgehend anerkannt¹²⁶⁴, jedoch scheitern viele der auf der Grundlage eines Verkehrsgutachtens eingereichten Anmeldungen entweder an der fehlerhaft durchgeführten demoskopischen Erhebung bzw. Vorlage der Ergebnisse oder an der mangelnden demoskopischen Kompetenz¹²⁶⁵ der Prüfer vor dem HABM.¹²⁶⁶ Sollte sich die deutsche Rechtspraxis mit der Anwendung demoskopischer Gutachten zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung auch in anderen Ländern, insbesondere auch in den osteuropäischen Mitgliedsländern weiter durchsetzen, dürfte dies auch beim HABM sowohl die Akzeptanz für die deutsche Methode als auch die Relevanz von Verkehrsdurchsetzungsgutachten nach dem deutschen Modell erheblich steigern.

¹²⁶³ Vgl. Levin S. 106 f. m.w.N.

¹²⁶⁴ Vgl. HABM GRUR-RR 2006, 260, 261, Nr. 32 – Hilti-Koffer; Guidelines Concerning Proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trademark and Design), Part B, Examination, 8.12.1; vgl. auch die systematische Inhaltsanalyse von Entscheidungen des HABM, die Umfragen zum Gegenstand hatten, von Niedermann GRUR 2006, 367, 372; Dobel S. 156.

¹²⁶⁵ Vgl. HABM vom 27.02.2002, Az.: 445/2002, S. 11 – bebe/monBeBé, wonach die Befragung von 2.017 Personen für den Raum Deutschland nicht repräsentativ sei. Auch wurde die geschlossene Fragestellung gem. der deutschen Marken anmeldungsrichtlinie pauschal als suggestiv gewertet; vgl. auch Levin S. 102 ff; Pflüger Mitt 2007, 259, 267.

¹²⁶⁶ Vgl. Levin S. 102.

Anhang I: Richtlinie 2008/95/EG (Auszug – Artikel 3)

Artikel 3 der Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, die ohne Vornahme substantieller Änderungen den Inhalt der Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 in seiner im Jahre 1992 durch Beschluss des Rates geänderten Fassung ersetzt.

Eintragungshindernisse – Ungültigkeitsgründe

(1) Folgende Zeichen oder Marken sind von der Eintragung ausgeschlossen oder unterliegen im Falle der Eintragung der Ungültigerklärung:

a) Zeichen, die nicht als Marke eintragungsfähig sind; L 299/26 DE Amtsblatt der Europäischen Union 8.11.2008

b) Marken, die keine Unterscheidungskraft haben;

c) Marken, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geografischen Herkunft oder der Zeit der Herstellung der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Ware oder Dienstleistung dienen können;

d) Marken, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten üblich sind;

e) Zeichen, die ausschließlich bestehen:

i) aus der Form der Ware, die durch die Art der Ware selbst bedingt ist;

ii) aus der Form der Ware, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist;

iii) aus der Form, die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht;

f) Marken, die gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten verstoßen;

g) Marken, die geeignet sind, das Publikum zum Beispiel über die Art, die Beschaffenheit oder die geografische Herkunft der Ware oder Dienstleistung zu täuschen;

h) Marken, die mangels Genehmigung durch die zuständigen Stellen gem. Artikel 6 ter der

Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, nachstehend „Pariser Verbandsübereinkunft“ genannt, zurückzuweisen sind.

(2) Jeder Mitgliedstaat kann vorsehen, dass eine Marke von der Eintragung ausgeschlossen ist oder im Falle der Eintragung der Ungültigerklärung unterliegt, wenn und soweit

a) die Benutzung dieser Marke nach anderen Rechtsvorschriften als des Markenrechts des jeweiligen Mitgliedstaats oder der Gemeinschaft untersagt werden kann;

b) die Marke ein Zeichen mit hoher Symbolkraft enthält, insbesondere ein religiöses Symbol;

c) die Marke nicht unter Artikel 6 ter der Pariser Verbandsübereinkunft fallende Abzeichen, Embleme oder Wappen enthält, denen ein öffentliches Interesse zukommt, es sei denn, dass die zuständigen Stellen nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats ihrer Eintragung zugestimmt haben;

d) der Antragsteller die Eintragung der Marke bösgläubig beantragt hat.

(3) Eine Marke wird nicht gem. Absatz 1 Buchstabe b, c oder d von der Eintragung ausgeschlossen oder für ungültig erklärt, wenn sie vor der Anmeldung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat. Die Mitgliedstaaten können darüber hinaus vorsehen, dass die vorliegende Bestimmung auch dann gilt, wenn die Unterscheidungskraft erst nach der Anmeldung oder Eintragung erworben wurde.

(4) Jeder Mitgliedstaat kann vorsehen, dass abweichend von den Absätzen 1, 2 und 3 die Eintragungshindernisse oder Ungültigkeitsgründe, die in diesem Staat vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der zur Durchführung der Richtlinie 89/104/EWG erforderlichen Bestimmungen gegolten haben, auf Marken Anwendung finden, die vor diesem Zeitpunkt angemeldet worden sind.

Anhang II: Richtlinie für die Prüfung von Markenmeldungen

vom 13. Juni 2005 in redaktionell überarbeiteter Fassung vom 15. Dezember 2009
(Auszug Ziffer IV.5.17 und IV.5.18)

5.17. Verkehrsdurchsetzung

Eine Marke, die nach § 8 Abs. 2 Nr. 1, 2 oder 3 MarkenG an sich schutzunfähig ist, wird zur Eintragung zugelassen, wenn sie sich infolge ihrer Benutzung für die Waren und Dienstleistungen, für die sie angemeldet worden ist, in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt hat (§ 8 Abs. 3 MarkenG).

Zuständig für die Durchführung des Verkehrsdurchsetzungsverfahrens ist die Markenstelle, bei der die Verkehrsdurchsetzung erstmals geltend gemacht wird. Der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung obliegt dem Anmelder, der auch die dafür erforderlichen Kosten zu tragen hat. Dies gilt nicht nur für die Beibringung eines demoskopischen Gutachtens durch ein anerkanntes Meinungsforschungsinstitut, sondern auch für die Verkehrsbefragungen in den gewerblichen Kreisen, wenn sie vom Deutschen Industrie- und Handelskammertag (DIHK) koordiniert werden, der für die entstehenden Kosten eine Auslagenpauschale erhebt.

Macht der Anmelder die Verkehrsdurchsetzung seiner Marke geltend, so hat er zunächst die Möglichkeit einer Verkehrsdurchsetzung für die angemeldeten Waren und Dienstleistungen schlüssig darzulegen und zu belegen (sog. Glaubhaftmachung, wobei überzogene Anforderungen nicht gerechtfertigt sind; vielmehr reicht aus, dass nach dem schlüssigen Vortrag und den vorgelegten Unterlagen eine Verkehrsdurchsetzung als möglich erscheint). Die Markenstelle teilt dem Anmelder mit, welche

Angaben und Unterlagen im Regelfall geeignet sind, die Verkehrsdurchsetzung zu belegen (Nachweise über Art, Umfang und Dauer der Markenbenutzung wie beispielsweise Werbematerial, Umsatzzahlen, Bescheinigungen von Abnehmern, Werbeaufwand), und fordert ihn auf, das Waren-/Dienstleistungsverzeichnis gegebenenfalls auf die Waren/Dienstleistungen zu beschränken, für die die Marke tatsächlich verwendet worden ist. Kommen als beteiligte Verkehrskreise auch Endverbraucher in Betracht, wird der Anmelder darauf hingewiesen, dass die Einholung eines kostenpflichtigen demoskopischen Gutachtens erforderlich sein wird. Die Einholung eines solchen Gutachtens ist nicht auf Endverbraucherumfragen beschränkt, sondern kann vom Anmelder auch für repräsentative Verkehrsbefragungen in gewerblichen Kreisen erfolgen.

Die untere Grenze für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung soll regelmäßig nicht unter 50 % angesetzt werden (BGH BIPMZ 2001, 322 ff., 324 - "REICH UND SCHÖN"). Die frühere Praxis, unterschiedliche Prozentsätze je nach dem Grad des beschreibenden Charakters und des darauf beruhenden Freihaltungsbedürfnisses der angemeldeten Marke für die Anerkennung einer Verkehrsdurchsetzung zu verlangen, kann nach der Rechtsprechung des EuGH nicht mehr beibehalten werden (EuGH Urteil vom 4. Mai 1999, Rechtssache C-108/97 Nr. 48, GRUR 1999, 723 ff., 727 - "Chiemsee").

Durch Vermittlung des DPMA bietet der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) gegen Zahlung einer Auslagenpauschale den Anmeldern Verkehrsbefragungen der einzelnen Industrie- und Handelskammern in den Kreisen ihrer Mitglieder an. Bescheinigt die Stellungnahme des DIHK die Verkehrsdurchsetzung in den gewerblichen Verkehrskreisen, reicht dies zur Eintragung der Marke gem. § 8 Abs. 3 MarkenG aus, wenn die angemeldeten Waren und Dienstleistungen sich nicht an den Verbraucherkreis der Endabnehmer wenden. Gehören zu den beteiligten Verkehrskreisen, an die sich die angemeldeten Waren und Dienstleistungen richten, (auch) die Endabnehmer, ist in der Regel ein demoskopisches Gutachten eines anerkannten Meinungsforschungsinstituts erforderlich. Die Einschaltung des DIHK ist in diesen Fällen entbehrlich.

Die Endverbraucherumfrage muss der Anmelder auf seine Kosten durchführen lassen. Die konkrete Formulierung des Fragenkatalogs, zu der gegebenenfalls auch die Definition des Verkehrskreises gehört, und der Umfang der Verkehrsbefragung sollten zuvor mit dem Prüfer abgestimmt werden, um die Verwertbarkeit des Gutachtens als entscheidungserheblichen Nachweis der Verkehrsdurchsetzung sicherzustellen und unnötige Kosten für den Antragsteller zu vermeiden.

Zum Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung einer für Waren des täglichen Gebrauchs angemeldeten Marke sollten sinngemäß zumindest die Fragen 1. bis 4. gestellt werden. Ihnen können Verkehrskreisfragen wie A/B vorangestellt werden, wenn nicht die gesamte Bevölkerung als verkehrsbeteiligt anzusehen ist. *(Die Eingangsfragestellung ist je nach Art der betroffenen Waren/Dienstleistungen anzupassen. Bei Waren, die nicht zu den Gegenständen des täglichen Bedarfs gehören, sowie bei Dienstleistungen ist im Einzelfall durch geeignete Frage-*

stellungen nachzufragen, ob in absehbarer Zeit eine ernst-hafte Kauf-/Nutzungsabsicht besteht, wenn davon ausgegangen werden kann, dass sich diese Personen bereits mit dem jeweiligen Marktgeschehen befasst haben. Sofern dies bejaht wird, sind die Antworten dieser Personen bei den relevanten Verkehrskreisen einzubeziehen. Zu berücksichtigen ist, dass in der Regel nur diejenigen Personen verkehrsbeteiligt sind, die Einfluss auf die Kaufentscheidung nehmen bzw. zu nehmen beabsichtigen.)

A. Kaufen Sie, egal wie oft, für sich oder andere ... (Waren angeben, für die eine Verkehrsdurchsetzung geltend gemacht wird? *(Diese Frage kann, je nachdem, welche Waren oder Dienstleistungen vorliegen, entsprechend angepasst werden. So kann es beispielsweise angezeigt sein, neben den aktuellen Käufern und Leistungsempfängern auch die Verkehrskreise einzubeziehen, die an den betreffenden Waren oder Dienstleistungen interessiert sein können, ohne sie bisher erworben oder in Anspruch genommen zu haben.)*

- a) Ja
- b) Nein, nie

B. Verwenden/benutzen/essen ... Sie, zumindest hin und wieder, ... (Waren wiederholen)?

- a) Ja
- b) Nein, nie

1. (Ggf. nur zu beantworten, wenn Frage A oder B bejaht wurde):

Haben Sie diese Bezeichnung (Wiedergabe der angemeldeten Marke) in Zusammenhang mit den Waren ... schon einmal gehört oder gesehen/gelesen?

- a) Ja
- b) SPONTAN (da dies von der Fragestellung nicht umfasst ist) Kommt mir bekannt vor/glaube schon
- c) Nein

2. Wenn Frage 1 mit „Ja“ beantwortet wurde:

Ist die Bezeichnung/Farbe/Form ... Ihrer Meinung nach bei ... (Wiedergabe der angemeldeten Marke) in Zusammenhang mit den Waren ...

- a) Hinweis auf ein ganz bestimmtes Unternehmen (*Hier kann in Betracht kommen, statt des Begriffs „Unternehmen“ eine etwas speziellere Bezeichnung zu verwenden, z.B. „Verlag“ o.ä.*)
- b) Hinweis auf mehrere Unternehmen
- c) gar kein Hinweis auf irgendein Unternehmen
- d) oder können Sie nichts dazu sagen?

3. Zuordnung

- a) Bei Antwort Nr. 2a): Wissen Sie, wie dieses Unternehmen heißt?
- b) Bei Antwort Nr. 2b): Wissen Sie, wie diese Unternehmen heißen?

Wird bei Frage 3b) – trotz „Hinweis auf mehrere Unternehmen“ in Frage 2 – nur ein Unternehmen namentlich genannt, ist durch geeignete Fragestellung zu prüfen, ob nicht tatsächlich nur ein einziges Unternehmen gemeint war. Bei der Auswertung sind die Antworten mit 2a) positiv dem Durchsetzungsgrad zuzurechnen; die Antworten zu 2b) sind ebenfalls positiv dem Durchsetzungsgrad zuzurechnen, wenn die Aufklärung ergibt, dass letztlich doch nur ein einziges Unternehmen gemeint war.

Angaben zu einem Unternehmen, die nicht im weitesten Sinn als richtig angesehen werden können, sind dagegen negativ zu werten, verringern also die ermittelte Verkehrsdurchsetzung. Andere Antworten, z.B. solche anderer Tochterunternehmen eines Gesamtkonzerns, oder die Nicht-Kenntnis des Unternehmensnamens haben auf die Verkehrsdurchsetzung jedoch keinen Einfluss.

Die Verwendung der vorstehenden Frage-Formulierungen ist nicht zwingend, wohl aber die Ermittlung von deren Inhalten. Daher soll – bei Abweichungen von obigem Fragenkatalog mit entsprechender Begründung – den jeweiligen Erfordernissen des konkreten Einzelfalles Rechnung getragen werden, wozu auch weitere sachdienliche Aufklärungsfragen gehören können.

Bei der Prüfung der Verkehrsdurchsetzung ist darauf zu achten, dass der erforderliche Durchsetzungsgrad in allen angesprochenen Verkehrskreisen erreicht sein muss; führt eine Endverbraucherumfrage zu einem ausreichenden Durchsetzungsgrad, ist davon auszugehen, dass dann auch bei den Fachkreisen eine Durchsetzung mit mindestens dem gleichen Umfang vorhanden ist.

5.18. Verschiebung des Zeitrangs

Ergibt die Prüfung, dass einerseits die Marke am Anmeldetag nicht den Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1, 2 oder 3 MarkenG entsprach, also beschreibend oder nicht unterscheidungskräftig war, andererseits das Schutzhindernis aber nach dem Anmeldetag entfallen ist, so fordert die Markenstelle den Anmelder auf, sein Einverständnis damit zu erklären (§ 37 Abs. 2 MarkenG), dass der Tag, an dem die Verkehrsdurchsetzung nachgewiesen worden ist (d.h. der Tag, an dem das Ergebnis der Verkehrsbefragung beim Deutschen Patent- und Markenamt eingeht), als Anmeldetag gilt und für die Bestimmung des Zeitranges im Sinne des § 6 Abs. 2 MarkenG maßgeblich ist. Stimmt er der Verschiebung des Zeitrangs nicht zu, muss die Anmeldung zurückgewiesen werden.

Anhang III: Interview zu Verkehrsdurchsetzungsgutachten

Die Feststellung der Verkehrsdurchsetzung von Marken anhand demoskopischer Gutachten

Schriftliches Interview durchgeführt von Daniel Stiel

Interviewpartner: Klaus Hilbinger, Division Manager, GfK SE, Division GfK

Markforschung, Omnibussystem/Empirical Legal Research

I. Allgemeine Fragen zur Meinungsforschung bei der Feststellung der Verkehrsdurchsetzung:

1. Wie viele Verkehrsdurchsetzungsgutachten haben Sie in den letzten fünf Jahren und speziell im letzten Jahr durchgeführt? Welche Tendenz bezüglich der Häufigkeit stellen Sie fest?

Antwort: Die GfK führt pro Jahr ca. 50-60 Einzelumfragen mit dem Ziel des Nachweises der Verkehrsdurchsetzung durch. Die Tendenz in den letzten 5 Jahren ist in etwa gleich bleibend.

2. Wie lange, glauben Sie, ist eine verlässliche, rückbezogene Feststellung der Verkehrsauffassung durch ein Verkehrsgutachten als alleiniges Beweismittel möglich, wie lang mit anderen Indizien zusammen und wie lang mit einer auf den aus diesem Gutachten gewonnen Information basierenden Schätzung?

Antwort: Die verlässliche, rückbezogene Feststellung der Verkehrsauffassung alleine durch eine aktuell durchgeführte Umfrage ist vom Einzelfall abhängig. Bei sehr bekannten Marken aus Produktbereichen mit hohem Involvement kann man die Verkehrsauffassung zu weiter zurückliegenden Zeitpunkten ermitteln als bei anderen Marken. So könnten z.B. mit größerer Sicherheit die Bekanntheit und Verkehrsdurchsetzung der Marke "Mercedes" zu einem Zeitpunkt von vor 10 Jahren ermittelt werden, als die Bekanntheit der Marke "IXO". Im Normalfall wird es jedoch schwierig sein, sich auf das Erinnerungsvermögen der Befragten zu verlassen, wenn man mehr als 5 Jahre zurückfragt.

Als Indizien werden häufig Marktanteile, Verkaufszahlen oder auch Werbeausgaben angeführt. Wenn man nun idealerweise neben diesen Angaben auch noch durch Umfragen ermittelte Bekanntheits- und Verkehrsdurchsetzungswerte zu mehreren Messzeitpunkten in der Vergangenheit hat, kann man diese Werte auch für weitere Zeitpunkte relativ genau mit Hilfe statistischer Verfahren schätzen.

II. Fragen zur Durchführung des Gutachtens

1. Wird der Fragenkatalog in den verschiedenen Verfahrensstufen (DPMA, BPatG) in Zusammenarbeit mit Ihnen, ohne Sie oder ausschließlich durch Sie unter nachträglicher Genehmigung erstellt?

Antwort: Der Fragebogen wird meist in Zusammenarbeit zwischen dem Auftraggeber und mir erstellt. Dabei liegen aber in der Regel strenge Maßstäbe zur objektiven und nicht suggestiven Vorgehensweise von mir zugrunde. Wenn es aufgrund der bereits erreichten Verfahrensstufe als sinnvoll erachtet wird, wird in manchen Fällen auch der entsprechende Prüfer des DPMA um sein Vorgaben bzw. seine Genehmigung ersucht. Bereits ergangene Beschlüsse des BPatG werden bei der Fragebogenausarbeitung berücksichtigt.

2. Gerichte oder das DPMA lassen sich gelegentlich vor Vergabe eines demoskopischen Gutachterauftrages neben dem Kostenvoranschlag genaue und zugesicherte Angaben über Schulung und Kontrolle der Interviewer vorlegen. Müssen auch Sie solche Angaben tätigen? Wenn ja, welche Angaben sind hier zumeist erforderlich?

Antwort: Nein, als für die Durchführung korrekter und objektiver Verkehrsumfragen renommiertes Institut wird dies von der GfK in der Regel nicht gefordert.

3. Haben Sie für die verschiedenen Markenformen bereits vorgefertigte Fragbögen? Inwiefern weichen diese von dem nach den Richtlinien des DPMA vorgeschlagenen Fragebogen ab?

Antwort: Ja, ich habe bereits vorgefertigte Fragebögen, die auf den individuellen Fall – wenn nötig – angepasst werden und der jeweils aktuellen Rechtsprechung entsprechen. Die Abweichungen von dem Richtlinienfragebogen beschränke ich dabei auf das Notwendigste.

4. Wer sucht die Interviewer aus und wie viele sind für wie viele Interviews vorgesehen? Welche Ausbildung/Anleitung/Schulung haben die Interviewer?

Antwort: Die Interviewer werden durch die Außenorganisation der spezialisierten GfK Firma, GfK Ad Hoc Services, ausgesucht und durch regelmäßige Basis- und Aufbauseminare intensiv geschult. Ein Interviewer führt im Durchschnitt ca. 4 Interviews je Umfrage durch.

5. Halten Sie Aufklärungsfragen bei einem Verkehrsdurchsetzungsgutachten für sinnvoll, u.a. um die juristische Fragetechnik zu erläutern? Wenn ja, an welcher Stelle bringen Sie diese an?

Antwort: Allzu umfangreiche Aufklärungsfragen, halte ich für nicht nötig. Der Fragebogen lt. Richtlinie Markenmeldungen ist verständlich, zielgerichtet und nicht suggestiv. Zu umfangreiche Aufklärungsfragen führen manche Befragte tendenziell suggestiv zu gewünschten Antworten. Hier begegnen einem leider immer wieder Negativbeispiele. Falls in Aufklärungsfragen in einzelnen Fällen notwendig sind, sollten diese ans Ende des Fragebogens gesetzt werden.

6. In welchen Gebieten der BRD wird die Begutachtung durchgeführt? Wie erfolgt die Auswahl der betreffenden Gebiete? Und wie wird die Gesamtgröße Deutschlands dabei berücksichtigt sowie Stadt/Land bzw. Ost/West/Nord/Süd?

Antwort: Die bevölkerungsrepräsentativen Verkehrsumfragen zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung werden bundesweit repräsentativ durchgeführt. Um die Repräsentativität der Ergebnisse sicherzustellen, werden von der GfK entsprechend der tatsächlichen Verteilungen in den Grundgesamtheiten Quoten nach Bundesland und Ortsgröße einerseits sowie nach Geschlecht, Alter, Haushaltsgröße und Beruf des Befragten detailliert vorgegeben. D.h. nach diesen Kriterien ist die Stichprobe der Umfrage ein Abbild der Grundgesamtheit und damit nach den Maßstäben der demoskopischen Forschung repräsentativ für die Bevölkerung Deutschland.

7. Welche Kosten fallen für ein Verkehrsdurchsetzungsgutachten an? Gibt es konkrete Richtpreise für Einzelumfragen und Mehrthemenumfragen?

Antwort: Die Kosten für ein Verkehrsdurchsetzungsgutachten hängen vom Einsatz der Methode ab. Dabei gibt der zu befragende Verkehrskreis oft schon die Methode vor. Richtet sich die Waren- oder Dienstleistungsklasse, innerhalb derer eine Verkehrsdurchsetzung nachgewiesen werden soll, an die Allgemeinheit oder an große Teile davon, bietet sich zur Durchführung der Verkehrsumfrage die Beteiligung an einer Mehrthemenumfrage an. Sind spezielle Fachkreise zu befragen, müssen sog. Ad Hoc (oder Einzel-)umfragen durchgeführt werden. Je nach Stichprobengröße variieren die Kosten dabei meist zwischen 7.000 (Mehrthemenumfrage) und 30.000 EUR (Einzelumfrage).

8. Welches Stichprobenverfahren wird wann angewendet? Welches Randomverfahren kommt im Fall einer Wahrscheinlichkeitsauswahl zum Tragen? Wie werden im Fall eines Quotenverfahrens die Quoten vorgegeben? Wie werden dabei kleinere Verkehrskreise berücksichtigt?

Antwort: Die GfK arbeitet in Deutschland bei Verkehrsumfragen meist nach dem Quota-Verfahren. Bei bevölkerungsrepräsentativen Umfragen (z.B. Mehrthemenumfragen) werden dabei die Quoten Bundesland und Ortsgröße indirekt bereits durch den Interviewereinsatz gesteuert. Die Quoten Geschlecht, Alter, Haushaltsgröße und Ortsgröße werden direkt den Interviewern vorgegeben.

Bei Fachkreisbefragungen werden – in Abhängigkeit vom jeweiligen Fachkreis – verschiedene Kriterien, die diesen Fachkreis beschreiben, vorgegeben. Dazu zählen z.B. Branchen nach SIC Codes, Unternehmensgröße (nach Umsatz oder Zahl Mitarbeiter), regionale Verteilung.

9. Werden Pretest durchgeführt? Wenn ja, wann kommt ein solcher in Betracht und wie genau wird er durchgeführt?

Antwort: Pretests werden in der Regel nicht durchgeführt.

10. Welchen Verkehrsdurchsetzungsgrad halten Sie persönlich für erforderlich? Erachten Sie einen einheitlichen Durchsetzungsgrad für gerechtfertigt?

Antwort: Ein Verkehrsdurchsetzungsgrad von mindestens 50% – wie in der Richtlinie Markenmeldungen angeführt halte ich persönlich für sinnvoll – deutlich höhere jedoch nur in begründeten Ausnahmefällen, wie z.B. bei Marken, die aus früheren staatlichen Monopolbereichen kommen (vgl. Lotto Entscheidung).

11. In den Tabellen innerhalb vieler Urteile wird bei den Tabellen ein Designfaktor von $\sqrt{2}$ und nicht $\sqrt[3]{2}$ angegeben wie z.B. bei Scheuch oder anderen Kompendien? Erachten Sie dies für fehlerhaft? Warum wird dies nicht korrigiert?

Antwort: Generell halte ich die Multiplikation von Fehlertoleranzen mit einem Designfaktor für nicht gerechtfertigt.

12. Wie hoch sind die Ausfälle heutzutage, und v.a. im Rahmen der Verkehrsdurchsetzungsgutachten? Welche Mindestausschöpfungsquote erachten Sie für notwendig, um die Repräsentativität noch zu gewährleisten?

Antwort: Teilweise werden für Random-Stichproben Ausschöpfungsquoten von 70% gefordert (z.B. ZAW Rahmenschema für Werbeträgeranalysen). Angesichts der seit Jahren sinkenden Teilnahmebereitschaft bei Umfragen, ist diese Forderung jedoch zunehmend infrage zu stellen. Ausschöpfungsquoten von mindestens 50% sind jedoch auch heute noch erreichbar und sollten aus meiner Sicht auch eingehalten werden.

13. Wie hoch schätzen Sie die Ja Sage Tendenz bzw. den Rateeffekt ein? Kommt beim VDG auch ein Halo-Effekt vor?

Antwort: Eine mögliche Ja-Sage-Tendenz bzw. den Rateeffekt halte ich auf Basis des üblicherweise bei Verkehrsumfragen zur Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung zum Einsatz gebrachten Fragebogens für zu vernachlässigen. Das Auftreten eines "Halo-Effektes" ist nicht zu erwarten.

14. Wie erfolgt die Randomausfallgewichtung? Welche Gewichtungen werden sonst noch in welcher Form angewandt?

Antwort: Da die GfK bei Verkehrsumfragen praktisch keine Randomstichproben durchführt und sich mögliche Ausfallgewichtungen von Institut zu Institut unterscheiden können, kann ich dazu keine Angaben machen. Bei Quota-verfahren werden mögliche Abweichungen der IST-Struktur von der SOLL Struktur durch ein mehrstufiges iteratives Optimierungsverfahren ausgeglichen.

15. Kommt eine Item-Nonresponse auch bei Gutachten über Verkehrsdurchsetzung vor?

Antwort: Da es sich bei Verkehrsumfragen in der Regel nicht um sensible Themen handelt und sich die Komplexität des üblicherweise eingesetzten Fragebogens in Grenzen hält, ist auch dieser Effekt zu vernachlässigen.

16. Wie genau erfolgt die Datenanalyse und Hochrechnung im Verkehrsdurchsetzungsverfahren?

Antwort: Eine genauere Datenanalyse und Hochrechnung der Ergebnisse sind in einem Verkehrsdurchsetzungsverfahren nicht notwendig, sofern die Verkehrsumfragen und die darauf basierenden Gutachten objektiv nachvollziehbar und klar strukturiert verfasst sind.

17. Wie hoch ist die Kontrollquote bezüglich der Interviewer? Wie viele der Interviews werden auf eine korrekte Durchführung kontrolliert?

Antwort: Zur Sicherstellung eines hohen Standards an Datenqualität führt die GfK vor der Auswertung der erhobenen Daten umfangreiche, gezielte Kontrollmaßnahmen durch. Diese reichen von einer EDV-gestützten Kontaktkontrolle, eines detaillierten Adressabgleichverfahrens zur Vermeidung von Mehrfachbefragungen über die Kontrolle des Auswahlverfahrens bis hin zu einer qualitativen Kontrolle der eingegangenen Interviews.

Die Kontrollquote bezüglich der Interviewer liegt bei 10% - 20%. Neue oder auffällige Interviewer werden zu 100% kontrolliert. Eine logische Kontrolle der Daten erfolgt bei 100% der Interviews.

18. Haben Sie eine eigene Interviewerorganisation aufgebaut? Wenn ja, wie viele Interviewer sind darin momentan umfasst?

Antwort: Die GfK verfügt über eine eigene Interviewerorganisation. Die Anzahl von Interviewern, die persönliche Interviews in Deutschland durchführt, liegt derzeit bei rund 750. Daneben sind in den verschiedenen Telefonstudios der GfK in Deutschland weitere knapp 2.000 Interviewer im Einsatz.

19. Führen Sie auch telefonische oder schriftliche Befragungen bei einem Verkehrsdurchsetzungsgutachten durch? Wenn ja unter welchen Umständen und welchen Anteil haben diese Methoden im Vergleich zu den persönlichen Interviews?

Antwort: Der weitaus überwiegende Anteil der Interviews bei Verkehrsumfragen wird persönlich (face-to-face) durchgeführt. Telefonische Interviews sind nur möglich, wenn es sich um reine Wortmarken handelt, die leicht aussprechbar und verständlich sind. Am ehesten kommen telefonische Interviews bei Fachkreisbefragungen infrage. Schriftliche Befragungen führen wir bei Verkehrsumfragen nicht

durch. Das Verhältnis persönlicher zu telefonischer Interviews liegt in etwa bei 95% zu 5%.

20. Werden die Interviews mit computergestützten Verfahren geführt? In wie weit werden moderne technische Mittel bei den Interviews zur Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung genutzt?

Antwort: Die persönlichen Interviews werden durch die GfK seit vielen Jahren meist mit Hilfe von GfK CAM*QUEST® (Computer Assisted Multimedia Questioning) durchgeführt. d.h. jeder Interviewer ist mit einem modernen Multimedia Laptop ausgestattet, mit dessen Hilfe er die Interviews durchführt. Die eingegebenen Daten werden unmittelbar erfasst und per Datenfernübertragung der GfK Zentrale übermittelt. Diese Interviewform hat früher übliche Papierfragebögen weitestgehend ersetzt.

Literaturverzeichnis

- ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V.:** Stichprobenverfahren in der Umfrageforschung: eine Darstellung für die Praxis, Opladen, 1999
- Ahrens, Hans-Jürgen/Achilles, Wilhelm-Albrecht:** Der Wettbewerbsprozess – Ein Praxishandbuch, 6. Auflage, Köln u.a., 2009
- Albert, Florian:** Anmerkungen zu Chiemsee, GRUR Int. 1997, 834-836
- Alemann von, Heine:** Der Forschungsprozess - Eine Einführung in die Praxis der empirischen Sozialforschung, 2. Auflage, Stuttgart, 1984
- Andersen, Eduard:** Bemerkungen zur Definition der beteiligten Verkehrskreise aus der Sicht und der Erfahrung der Umfrageforschung, GRUR 1981, 160-163
- Atteslander, Peter/Kneubühler, Hans-Ulrich:** Verzerrungen im Interview: zu einer Fehlertheorie der Befragung (Studien zur Sozialwissenschaft Band 32), Opladen, 1975
- Baechler, Roman:** Sinn und Unsinn abstrakter Farbmarken, GRUR Int. 2006, 115-123
- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang:** Warenzeichenrecht, 12. Auflage, München, 1985
- Becker, Ralf:** Das demoskopische Gutachten als Beweismittel, Europäische Hochschulschriften, Reihe II Rechtswissenschaften, Band 3372, Frankfurt a.M. u.a., 2001
- Beier, Friedrich-Karl:** Unterscheidungskraft und Freihaltebedürfnis: Zur Markenschutzfähigkeit individueller Herkunftsangaben nach § 4 WZG und Art. 6^{quinquies} PVÜ, GRUR Int. 1992, 243-250
- Beier, Friedrich-Karl/Katzenberger, Paul:** Anfechtung und Widerruf der Zurücknahme von Patentanmeldung in: Häußler, Erich: Zehn Jahre BPatG, S. 251 ff., München, 1971
- Bender, Achim:** Have a Break ... Have a Praktiker, MarkenR 2006, 11-18
- Berekhoven, Ludwig/Eckert, Werner/Ellenrieder, Peter:** Marktforschung – Methodische Grundlagen und praktische Anwendung, 11. Auflage, Wiesbaden, 2009
- Berlit, Wolfgang:** Anmerkung zu BPatG vom 28.10.2010, Az.: 26 W (pat) 115/06 – DIE POST, GRUR-Prax 2010, 529
- Berlit, Wolfgang:** Die Markenregistrierung von Werktiteln bei Verkehrsdurchsetzung, GRUR 2006, 542-545
- Berlit, Wolfgang:** Der Begriff der Verkehrsdurchsetzung (§ 8 Abs. 3 MarkenG), WRP 2002, 636-639
- Berlit, Wolfgang:** Die Marke kraft Verkehrsgeltung - eine aktuelle Bestandsaufnahme zu § 4 Ziff. 2 MarkenG, WRP 2002, 177-181
- Blankenburg, Daniel:** Die Markennennung, Europäische Hochschulschriften, Reihe II Rechtswissenschaft, Band 4789, Frankfurt a.M. u.a., 2009

- Blind, Julia:** BPatG vom 28.11.2012, Az.: 29 W (pat) 524/11 – Landlust, GRUR-Prax 2013, 39
- Bliesch, Uwe:** Die Interviewerorganisation in einem Markt- und Sozialforschungsinstitut, München, 1984
- Boës, Ulrich/Deutsch, Volker:** Die „Bekanntheit“ nach dem neuen Markenrecht und ihre Ermittlung durch Meinungsumfragen, GRUR 1996, 168-173
- Böhm, Ernst:** Die Beweiswürdigung demoskopischer Gutachten im Rahmen von § 3 UWG, GRUR 1986, 290-302
- Böhm, Ernst:** Demoskopische Gutachten als Beweismittel in Wettbewerbsprozessen, Frankfurt a.M., 1985
- Bölling, Markus B.:** Der maßgebliche Zeitpunkt bei der Überprüfung einer Marke auf absolute Schutzhindernisse, GRUR 2011, 472-478
- Böltken, Ferdinand:** Auswahlverfahren Eine Einführung für Sozialwissenschaftler, Stuttgart, 1976
- Büschges, Günter:** Die Gebietsauswahl als Auswahlmethode in der empirischen Sozialforschung - Charakteristika, Grundlagen, Probleme und Bedeutung, Köln, 1961
- Busse, Rudolf/Starck, Joachim:** Warenzeichengesetz nebst Pariser Verbandsübereinkunft und Madrider Abkommen, 6. Auflage, Berlin, 1990
- Danke, Reinhard:** Methodenexperiment: Folgen konditionierender Vorfragen bei Werbemittelpretests, PA 1984, 110-111
- Deutsch, Volker:** Die „Tagesschau“ - Urteile des Bundesgerichtshofs, GRUR 2002, 308-313
- Deutsch, Volker/Ellerbrock, Tatjana:** Titelschutz - Werktitel und Domainnamen, 2. Auflage, 2004
- Dieth, Mathias:** Kommentar zu OLG Düsseldorf WRP 2013, 1077 – Der Wendler, WRP 2013, 1081-1083
- Dobel, Heiko:** Verkehrsauffassung und demoskopische Gutachten im Marken- und Wettbewerbsrecht, Baden-Baden, 2014
- Eichmann, Helmut:** Gegenwart und Zukunft der Rechtsdemoskopie, GRUR 1999, 939-955
- Eisenführ, Günther:** Voraussetzungen und Nachweis der Verkehrsdurchsetzung nach § 4 Abs. 3 WZG, GRUR 1987, 82-87
- Ekey, Friedrich L./Klippel, Diethelm/Bender, Achim:** Heidelberger Kommentar zum Markenrecht, 2. Auflage, Heidelberg, 2008
- Esser, Hartmut:** Der Befragte – The interviewee, in van Koolwijk/Wieken-Mayser, Maria: Erhebungsmethoden: Die Befragung, S. 107 ff, Wien, 1974
- Fammler, Michael:** Bekanntheitsschutz bei Produktähnlichkeit - Lässt Davidoff noch Fragen offen?, MarkenR 2004, 89-98
- Fezer, Karl-Heinz:** Zur Markenfähigkeit der Einfarbenmarke und Mehrfarbenmarke nach dem Grundbeschluss „Farbmarke gelb/grün II“ des BGH, WRP 2007, 223-230

- Fezer, Karl-Heinz:** Der Monopoleinwand im Markenrecht - Der Erwerb von Verkehrsdurchsetzung oder Verkehrsgeltung an einem Zeichen als Marke durch ein Monopolunternehmen, WRP 2005, 1-20
- Fezer, Karl-Heinz:** Markenrecht, Kommentar zum Markenrecht, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen, 4. Auflage, München, 2009
- Fezer, Karl-Heinz:** Handbuch der Markenpraxis - Markenverfahren und Markenvertragsrecht, 2. Auflage, München, 2012
- Fezer, Karl-Heinz:** Handbuch der Markenpraxis - Markenverfahren und Markenvertragsrecht, Band 1: Markenverfahrensrecht, München, 2007
- Fowler, Floyd J/Mangione, Thomas W.:** Standardized survey interviewing – minimizing interviewer-related error, Applied social research methods series, Band 18, 6. Auflage, Newbury Park u.a., 1994
- Friedrichs, Jürgen:** Methoden empirischer Sozialforschung, 14. Auflage, Opladen, 1990
- Gabler, Siegfried/Hoffmeyer-Zlotnik, Jürgen H.P./Krebs, Dagmar:** Gewichtung in der Umfragepraxis, Opladen, 1994
- Gerstenmaier, Claudia:** Umfrageforschung in der wettbewerbsrechtlichen Praxis, Wiesbaden, 2003
- Gloy, Wolfgang/Loschelder, Michael:** Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Auflage, München, 2005
- Grabrucker, Marianne/Fink, Elisabeth:** Aus der Rechtsprechung des BPatG im Jahre 2007 – Teil 1: Markenrecht, GRUR 2008, 371-386
- Grabrucker, Marianne/Fink, Elisabeth:** Aus der Rechtsprechung des BPatG im Jahre 2006 – Teil 1: Markenrecht, GRUR 2007, 267-283
- Grabrucker, Marianne:** Offene Rechtsfragen zur Praxis der abstrakten Farbmarke, WRP 2000, 1331-1341
- Grabrucker, Marianne:** Der Schutzgegenstand der Farbmarke, GRUR 1999, 850-854
- Grabrucker, Marianne:** Nichtkonventionelle Markenformen im Spannungsverhältnis zwischen Marketing und Rechtsprechung am Beispiel der abstrakten Farbmarke und der dreidimensionalen Marke in: Ahrens, Hans-Jürgen: Festschrift für Eike Ullmann, S. 223 ff., Saarbrücken, 2006
- Graumann, C.F./Kruse, Lenelis/Kroner, B.:** Sozialpsychologie, 1. Halbband: Theorien und Methoden, Göttingen, 1969.
- Hackbarth, Ralf:** Freihaltebedürfnis und Verkehrsdurchsetzung in der Rechtsprechung des EuGH - Anmerkungen zum Urteil des EuGH vom 4. Mai 1999 – „Chiemsee“, MarkenR 1999, 329-333
- Harmsen, Heinz:** Der Besitzstand im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht in seinen verschiedenen Erscheinungsformen und Anforderungen an den Bekanntheitsgrad, GRUR 1968, 503-508
- Harte-Bavendamm, Henning/Goldmann, Michael:** Das Unternehmenskennzeichen unter dem Einfluss der Markenrechtsharmonisierung in: Bomhard von, Verena/Pagenberg, Jochen/Schennen, Detlef: Harmonisierung des Markenrechts -

Festschrift für Alexander von Mülhendahl zum 65. Geburtstag am 20. Oktober 2005, S. 23 ff., Köln u.a., 2005

Hasselblatt, Gordian N.: Münchener Anwalts Handbuch, Gewerblicher Rechtsschutz, 4. Auflage, München, 2012

Hauck, Felix/Fischöder, Sebastian: Gattungsmäßige Benutzung von Kennzeichen in den Medien – Rechte des Kennzeicheninhabers, GRUR 2004, 185-191

Hoffmann, Markus/Kleespies, Mathias/Adler, Peter: Formular-Kommentar Markenrecht, Köln u.a., 2008

Holm, Kurt: Die Befragung, Band 1, Der Fragebogen – Die Stichprobe, München, 1975

Ingerl, Reinhard/Rohnke, Christian: Markenrecht - Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, 3. Auflage, München, 2010

Jacobs, Rainer/Lindacher, Walter F./Teplitzky, Otto: UWG – Großkommentar, Zweiter Band: Vor § 13; §§ 13 bis 30; Rabattgesetz, Gesamtregister, Berlin, 2006

Jänich, Volker Michael/Schrader, Paul T.: Markenrechte und ihre Durchsetzung nach dem Wegfall staatlicher Monopole – „Post“, „Telekom“ und „Die Bahn“ als Marken, WRP 2006, 656-663

Joller, Gallus: Chiemsee – Herkunftsangabe oder Marke?, European Law Reporter 1999, 194-197

Kaiser, Felix: Die psychologische Methode zur Feststellung der Verwechslungsgefahr, Markenschutz und Wettbewerb 1932, 6-7

Karmasin, Fritz/Karmasin, Helene: Einführung in Methoden und Probleme der Umfrageforschung, Wien u.a., 1977

Kazemi, Robert: Anmerkungen zu BGH – Lotto, MarkenR 2006, 344-346

Kellerer, Hans: Theorie und Technik des Stichprobenverfahrens – eine Einführung unter besonderer Berücksichtigung der Anwendung auf soziale und wirtschaftliche Massenerscheinung, München, 1963

Kern, Eckhard: Verkehrsdurchsetzung für den Anmelder – ein Erfordernis des Verfahrens nach § 8 III MarkenG?, GRUR 2001, 792-795

Knaak, Rudolf: Demoskopische Umfragen in der Praxis des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts, München, 1986

Kopacek, Ingrid/Kortge, Regina: Aus der Rechtsprechung des BPatG im Jahre 2012 – Teil I: Markenrecht, GRUR 2013, 336-351

Kröner, Lars: Neuere Entwicklung im Bereich des Titelschutzes für Zeitschriften und Fernsehsendungen in: Schertz, Christian/Omsels Hermann-Josef: Festschrift für Paul W. Hertin zum 60. Geburtstag am 15. November 2000, S. 565 ff., München, 2000

Kunz-Hallstein, Hans Peter: Fragen betreffend den Markenschutz für das Wort „Post“ und sonstige Kennzeichen der Früheren Deutschen Bundespost, GRUR Int. 2004, 751-753

Künzel, Manuela: Die Marke und ihr Wert, Branchmarking-Studie zu integrativen Ansätzen der Markenbewertung, Saarbrücken, 2006

- Kur, Anette:** Alles oder Nichts im Formmarkenschutz?, GRUR Int. 2004, 755-761
- Lange, Paul:** Marken- und Kennzeichenrecht, 2. Auflage, München, 2012
- Levin, Andrej:** Der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung im Markenrecht, Europäische Hochschulschriften, Reihe II Rechtswissenschaft, Band 5067, Frankfurt a.M. u.a., 2010
- Loschelder, Michael/Erdmann, Willi:** Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Auflage, München, 2010
- Maccoby Eleanor E./Maccoby Nathan:** Das Interview: Ein Werkzeug der Sozialforschung in: König René: Das Interview, Formen, Technik, Auswertung, Praktische Sozialforschung I, S. 37 ff., 6. Auflage, Köln u.a., 1968.
- Marbach, Eugen:** Die Verkehrskreise im Markenrecht, sic! 2007, 3-12
- Mayer, Horst Otto:** Interview und schriftliche Befragung, Entwicklung Durchführung Auswertung, 5. Auflage, München, 2009
- Müller, Thomas Walter:** Demoskopie und Verkehrsauffassung im Wettbewerbsrecht, insbesondere im Rahmen des § 3 UWG, WRP 1989, 783-789
- Müller, Thomas Walter:** Die demoskopische Ermittlung der Verkehrsauffassung im Rahmen des § 3 UWG, München, 1987
- Neubäumer, Renate:** Die Eigenschaften verschiedener Stichprobenverfahren bei wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Untersuchungen, Europäische Hochschulschriften Reihe 5, Band 365, Frankfurt a.M., 1982
- Niedermann, Anne:** Empirische Erkenntnisse zur Verkehrsdurchsetzung, GRUR 2006, 367-374
- Niedermann, Anne/Schneider, Martin:** Der Beitrag der Demoskopie zur Entscheidungsfindung im schweizerischen Markenrecht: Durchgesetzte Marke – berühmte Marke, sic! 2002, 815-840
- Niedermann, Anne/Noelle, Elisabeth:** Die Bedeutung der gegabelten Befragung mit Kontrollgruppe als Erkenntnisteknik in Umfragen zum gewerblichen Rechtsschutz in: Keller, Erhard/Plassmann, Clemens/von Falck, Andreas, Festschrift für Prof. Dr. Winfried Tilmann: Zum 65. Geburtstag, S. 857 ff. Köln, 2003
- Noelle-Neumann, Elisabeth/Schwarzenauer, Wilhelm:** Juristische und demoskopische Denkungsart, MA 1973, 331-336
- Noelle-Neumann, Elisabeth:** Über offene Fragen, Suggestivfragen und andere Probleme demoskopischer Erhebungen für die Rechtspraxis, GRUR 1968, 133-139
- Noelle-Neumann, Elisabeth/Schramm, Carl:** Höhe der Verkehrsgeltung (Bewertung und Bedeutung), GRUR 1966, 70-82
- Noelle-Neumann, Elisabeth/Petersen, Thomas:** Alle, nicht jeder - Einführung in die Methoden der Demoskopie, 4. Auflage, München, 2005
- Osten Von der, Horst:** Die Verkehrsgeltung im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht und ihre Feststellung im Prozess, Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Band 7, Köln u.a., 1960
- Payne, Stanley L.:** The Art of Asking Questions, New Jersey, 1951, 1980

- Pflüger, Almut:** Aktuelle rechtsdemoskopische Entwicklungen im Marken- und Wettbewerbsrecht, GRUR 2014, 423-431
- Pflüger, Almut:** Fragen über Fragen – Aktuelles aus der Rechtsdemoskopie, GRUR-Prax 2011, 51
- Pflüger, Almut:** Demoskopie im Markenrecht – Normative Anforderungen an den demoskopischen Nachweis der Verkehrsdurchsetzung, Mitt. 2007, 259-267
- Pflüger, Almut:** Rechtsforschung in der Praxis: Der demoskopische Nachweis von Verkehrsgeltung und Verkehrsdurchsetzung – Teil 2, GRUR 2006, 818-824
- Pflüger, Almut:** Rechtsforschung in der Praxis: Der demoskopische Nachweis von Verkehrsgeltung und Verkehrsdurchsetzung – Teil 1, GRUR 2004, 652-657
- Piper, Henning:** Der Schutz der bekannten Marke, GRUR 1996, 429-439
- Prüfer, Tihani:** Verkehrsdurchsetzung durch staatliches Monopol? Zugleich eine Besprechung der BPatG-Entscheidung „POST“, GRUR 2008, 103-110
- Raßmann, Christian:** Verwechslungsgefahr und Schutzzumfang im neuen Markenrecht - ein völliger Neubeginn?, GRUR 1997, 580-591
- Reimer, Eduard/Richter, Bruno/Trüstedt, Wilhelm/Heydt, Ludwig:** Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 1. Band, Warenzeichen und Ausstattung, 4. Auflage, Köln u.a., 1966
- Reinbott, Otto E.:** Marktforschung für Rechtsgutachten, Mitt. 1977, 82-85
- Risthaus, Stefan:** Ende vom Mythos des Monopoleinwands – „Lotto“ ist ein Glücksspiel. Anmerkung zu BGH WRP 2006, 1130 – Lotto, WRP 2006, 1299-1306
- Rohnke, Christian:** Die Bindung des Verletzungsgerichts an die eingetragene Marke – Ein überholtes Axiom, GRUR 2001, 697-705
- Sack, Rolf:** Sonderschutz bekannter Marken de lege ferenda, BB 1993, 869-873
- Sauberschwarz, Werner:** Gutachten von Markt- und Meinungsforschungsinstituten als Beweismittel im Wettbewerbs- und Warenzeichenprozess, Tübingen, 1969
- Schade, Jürgen/Hellebrand, Ortwin:** Aus der Rechtsprechung des BPatGs im Jahre 1988, GRUR 1989, 388-401
- Scheuch, Erwin K.:** Auswahlverfahren in der Sozialforschung in: König, René: Handbuch der empirischen Sozialforschung, Band 3a, Grundlegende Methoden und Techniken der empirischen Sozialforschung – Zweiter Teil, S. 1 ff., 3. Auflage, Stuttgart, 1974
- Scheuch, Erwin K.:** Das Interview in der Sozialforschung in: König, René: Handbuch der empirischen Sozialforschung, Band 2, Grundlegende Methoden und Techniken der empirischen Sozialforschung – Erster Teil, S. 66 ff., 3. Auflage, Stuttgart, 1973
- Schneider, Martin S.:** Demoskopie im Markenrecht, sic! 2001, 776-777
- Schnell Rainer/Hill, Paul B./Esser, Elke:** Methoden der empirischen Sozialforschung, 9. Auflage, München, 2011
- Scholl, Armin:** Die Befragung, 2. Auflage, Konstanz, 2009
- Schricker, Gerhard:** Zum Begriff der „beteiligten Verkehrskreise“ im Ausstattungsrecht, GRUR 1980, 462-470

- Schricker, Gerhard/Stauder, Dieter:** Handbuch des Ausstattungsrechts – Der Schutz der nichteingetragenen Marke und Ausstattung im In- und Ausland – Festgabe für Friedrich-Karl Beier zum 60. Geburtstag, Weinheim, 1986
- Schulz, Rüdiger:** Die Eintragung eines Warenzeichens kraft Verkehrsdurchsetzung nach § 4 Abs. 3 WZG aus der Sicht der Demoskopie, MA 1984, 143-147
- Schultz von, Detlef:** Markenrecht Kommentar, 3. Auflage, Frankfurt a.M., 2012
- Schweizer, Robert/Quitt, Helmut:** Rechtstatsachenermittlung durch Befragung, Band I: Die Definitionsphase, Köln, 1985
- Sheatsley, Paul B.:** Die Kunst des Interviewens in: König René: Das Interview, Formen, Technik, Auswertung, Praktische Sozialforschung I, S. 125 ff., 6. Auflage, Köln u.a., 1968.
- Spätgens, Klaus:** Voraussetzungen, Möglichkeit und Grenzen demoskopischer Umfragen in: Loewenheim, Ulrich/Raiser, Thomas: Festschrift für Fritz Traub zum 65. Geburtstag, S. 375 ff., Frankfurt a.M., 1994
- Stein, Werner vom:** Wieweit sind bei Streitigkeiten des gewerblichen Rechtsschutzes Kosten demoskopischer Gutachten von der unterlegenen Partei zu erstatten?, GRUR 1972, 314-317
- Stöckel, Maximiliane:** Handbuch Marken- und Designrecht, 3. Auflage, Berlin, 2013
- Ströbele, Paul:** Der erforderliche Grad der Verkehrsdurchsetzung, GRUR 2008, 569-573
- Ströbele, Paul:** Chiemsee - Aufbruch zu neuen Ufern? Anmerkungen zum „Chiemsee“-Urteil des EuGH vom 4. Mai 1999, WRP 2000, 1028-1033
- Ströbele, Paul:** Die Eintragungsfähigkeit neuer Markenformen, GRUR 1999, 1041-1050
- Ströbele, Paul:** Voraussetzungen und Nachweis der Verkehrsdurchsetzung nach § 4 Abs. 3 WZG, GRUR 1987, 75-82
- Ströbele, Paul:** Die Eintragung eines Zeichens kraft Verkehrsdurchsetzung nach § 4 Abs. 3 WZG, MA 1984, 127-139
- Ströbele, Paul/Hacker, Franz/Kirschneck, Irmgard/Knoll, Helmut/Kober-Dehm, Helga:** Markengesetz, 10. Auflage, Köln u.a., 2012
- Swoboda, Michael:** Die Verkehrsdurchsetzung von Warenzeichen und Dienstleistungsmarken aus der Sicht des Deutschen Industrie- und Handelstages, MA 1984, 139-143
- Teplitzky, Otto:** Kombinationen beschreibender Buchstaben als Marken für Kraftfahrzeuge und deren Bestandteile (Zugleich eine Anmerkung zu LG Düsseldorf WRP 1999, 557 = NJWE-WettbR 1999, 63), WRP 1999, 461-467
- Teplitzky, Otto:** Zu Anforderungen an Meinungsgutachten, WRP 1990, 145-148
- Teplitzky, Otto:** Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Auflage, Köln u.a., 2012
- Theißen, Sascha:** Die grafische (Nicht-)Darstellbarkeit der Farbmarke – Folgerungen aus dem EuGH-Urteil „Libertel“, GRUR 2004, 729-736

- Tilmann, Winfried:** Die Verkehrsdurchsetzung im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht – Möglichkeiten und Grenzen der demoskopischen Wahrheitsfindung im Prozess, GRUR 1984, 716-723
- Tourangeau, Roger/Rips, Lance J./Rasinski, Kenneth A.:** The psychology of survey response, Cambridge u.a., 2005
- Ullmann, Eike:** Der Verbraucher – ein Hermaphrodit, GRUR 1991, 789-795
- Utz, Rainer:** Die demoskopische Befragung als Beweismittel im Markenrecht, Köln, 2011
- Vida, Alexander:** Die Konsumentenenumfrage in der Warenzeichenrechtsprechung der USA, GRUR Int. 1989, 267-280
- Weiser, Jan:** Anmerkung zur Entscheidung des OLG Köln GRUR-RR 2013, 213 – Wörterbuch Gelb, GRUR-Prax 2013, 137
- Wettschurek, Gert:** Grundlagen der Stichprobenbildung in der demoskopischen Marktforschung, in: Behrens, Karl Christian: Handbuch der Marktwirtschaft, 1. Halbband, Methoden der Marktforschung, S. 103 ff., Wiesbaden, 1974
- Winkler, Matthias:** Unzulässige Erweiterung im Markenrecht, GRUR 1990, 73-86
- Würtenberger, Gert:** Begriffe „Im Verkehr“ und „Höhe der Verkehrsdurchsetzung“, Strittige Problembereiche im Eintragungsverfahren nach § 4 Abs. 3 WZG, GRUR 1988, 272-277
- Zeisel, Hans/Kaye, David:** Prove it with Figures - Empirical Methods in Lay and Litigation, New York, 1997